Política e direito na suprema corte norte-americana

debates teóricos e estudos de caso

Andrei Koerner (org.)

POLÍTICA E DIREITO NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

DEBATES TEÓRICOS E ESTUDOS DE CASO

Andrei Koerner
Organizador

POLÍTICA E DIREITO NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

DEBATES TEÓRICOS E ESTUDOS DE CASO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO **07**

PRIMEIRA PARTE: DEBATES TEÓRICOS

CAPÍTULO 1 - ABORDAGENS TEÓRICAS PARA O ESTUDO DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE **23**
Karen Sakalauska

CAPÍTULO 2 - O DEBATE NORTE-AMERICANO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE INSTITUIÇÕES, DECISÃO JUDICIAL E ANÁLISE DO PENSAMENTO JURÍDICO **59**
Andrei Koerner

CAPÍTULO 3 - ABORDAGENS TEÓRICAS NA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE O PODER JUDICIÁRIO: DIÁLOGOS, PONTES, HÍBRIDOS **99**
Celly Cook Inatomi

SEGUNDA PARTE: ESTUDOS DE CASO

CAPÍTULO 4 - A CORTE WARREN NO DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS **143**
Andrei Koerner

CAPÍTULO 5 - PROCESSO DECISÓRIO NA SUPREMA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **177**
Karen Sakalauska

CAPÍTULO 6 - OS COMBATENTES INIMIGOS E O GOVERNO BUSH: O PAPEL DA SUPREMA CORTE NA POLÍTICA EXTERNA DO GOVERNO BUSH (2001-2008) **221**
Cristina Carvalho Pacheco

CAPÍTULO 7 - A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA APÓS O 11 DE SETEMBRO **251**
Stephen I. Vladeck

SOBRE OS AUTORES **279**

APRESENTAÇÃO

A Suprema Corte: modelo institucional e problema político

O modelo constitucional norte-americano teve repercussões internacionais, desde a sua adoção no final do século XVIII. Seus elementos, como a Constituição escrita, os freios e contrapesos entre os poderes do Estado, o federalismo e a declaração de direitos, eram inovações que se integravam ao repertório de artefatos para a organização do poder político. A difusão ocorreu antes de os Estados Unidos terem se tornado potência hegemônica no plano internacional e, desde então, passou a ser posto como modelo ou condicionalidade pelos seus dirigentes. O modelo representa, pois, um dos elementos incontornáveis nos debates políticos e processos de mudança de organização constitucional dos diferentes países. Em mais de duzentos anos, ocorreu nesses países um processo mais complexo do que a simples oposição entre cópia ou rejeição das instituições norte-americanas, pois os constituintes criaram, selecionaram ou combinaram aquele modelo com outros[1]. Verifica-se um processo de longa duração de circulação de modelos, de trocas transfronteiriças e de inovação institucional.

Em grande medida, a importância e a difusão do modelo constitucional norte-americano resultaram do papel desempenhado por sua principal instituição, a Suprema Corte. Não é necessário insistir sobre a novidade que ela representou em termos de posição e atribuições do Judiciário enquanto poder do Estado e os efeitos que eles produziram, e produzem, sobre os representantes políticos e a sociedade. Também não é necessário relembrar episódios em que suas decisões produziram efeitos de amplo alcance sobre a política e a sociedade

[1] O capítulo 5 apresenta as diferenças do processo decisório na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal.

daquele país, levantando, como consequência, uma série de polêmicas em torno do papel constitucional do Poder Judiciário[2].

O papel constitucional do Judiciário despertou polêmicas desde o próprio momento de sua criação. O principal foco recai sobre sua relação com a democracia: os poderes dos juízes de controle de decisões governamentais representariam uma condição para a democracia, na medida em que proporcionam proteção aos direitos individuais; ou representariam uma clara limitação, ao passo que os juízes não são escolhidos diretamente pelo povo, impedindo a plena manifestação da soberania popular? Relacionado a este, coloca-se um segundo ponto: ao decidirem, os juízes adotam uma posição imparcial em relação aos litigantes, decidem segundo regras e técnicas predefinidas e, com isso, chegando a decisões objetivas, ou eles simplesmente "fazem política", impelidos por suas inclinações, paixões ou interesses, orientados estrategicamente ou conformando-se aos valores ou diretrizes dos grupos dominantes? Um terceiro ponto questiona se a instituição de instrumentos jurídicos de limitação do poder estatal e o discurso dos direitos e da cidadania produzem efeitos de integração conformista a relações sociais marcadas pela dominação e a exploração, ou se eles representam recursos materiais e simbólicos e formas de subjetivação que permitem uma dinâmica social capaz de reconhecer novas formas de vida.

O que se percebe, assim, é que a reflexão sobre a Constituição e sobre o poder constitucional do Judiciário está no cerne do debate político norte-americano, com reflexos importantes e imediatos sobre sua produção acadêmica e debate intelectual. Sua história intelectual pode ser caracterizada como uma longa cadeia de teses e polêmicas sobre a sua própria formação política, os seus desdobramentos, o seu destino. Constituição, República, direitos individuais e Judiciário colocam-se de forma recorrente e incontornável em debates sobre a trajetória e destinos dos norte-americanos. Os capítulos teóricos desta

[2] Os capítulos 4, 6 e 7 apresentam ilustrações desses impactos.

coletânea apresentam uma parte da longa cadeia de controvérsias sobre aquelas questões.

A pesquisa acadêmica norte-americana sobre a Suprema Corte

Como parte de sua centralidade e visibilidade, a Suprema Corte tornou-se uma instituição das mais pesquisadas, tanto no próprio país como no exterior. Não há tratado, compêndio de direito constitucional, coleção de pesquisas de ciência política ou trabalho jornalístico sobre a política norte-americana que não faça referência à instituição. Mas, como produção e efeito da visibilidade da Suprema Corte, ela mesma e o *establishment* político e intelectual trabalham para construir a própria imagem enquanto instituição, conformando-a aos programas de direção governamental daquela sociedade. Fazem parte da sua imagem as polêmicas que a cercam, os enfrentamentos e dilemas para os quais é despertada a atenção pública e os trabalhos dos pesquisadores. Deste modo, um passo necessário para todo trabalho intelectual sobre a Suprema Corte é o de realizar a análise crítica dos discursos que se produzem a seu respeito.

Do ponto específico da pesquisa em ciência política sobre instituições judiciais, a produção norte-americana é incontornável, em virtude de sua relevância no plano internacional. Ao começarem os trabalhos sobre o tema em seus países, onde não há tradição de pesquisa, como é o caso no Brasil, os pesquisadores se veem na condição de aprendizes. Para contornar os incontáveis erros, dilemas e dificuldades que se enfrenta ao trabalhar o Judiciário, esse objeto pouco conhecido, parece, à primeira vista, que basta lançar mão da profusa oferta de sofisticadas pesquisas norte-americanas. Tem-se grande variedade de pesquisas que tratam das instituições judiciais dos Estados Unidos sobre temas e de ângulos distintos, em estudos especializados ou em perspectiva comparada com outros países. Porém, se o objeto é aparentemente igual, sob as mesmas palavras parece que

há "coisas" bastante distintas. Por isso, é preciso realizar o controle das questões teóricas e temas de pesquisa por meio, por exemplo, da crítica teórica, da análise conceitual, da reconstrução histórica ou da pesquisa comparativa, como fazem os capítulos desta coletânea.

No caso brasileiro, as pesquisas de ciência política sobre as instituições judiciais começaram a ser feitas apenas a partir do final dos anos oitenta, como um resultado das expectativas positivas a serem produzidas pela nova Constituição (1988), elaborada durante a transição democrática. A Constituição adotou diversos instrumentos e programas voltados à promoção dos direitos individuais e coletivos, para os quais as instituições judiciais desempenhariam papel relevante. Mas a implementação do programa da Constituição foi acavalada pela agenda das reformas neoliberais do Estado e foram rapidamente colocadas em questão as novas instituições e expectativas.

Na ciência política brasileira ocorria a reorientação nos modelos teóricos e técnicas de pesquisa, em sintonia com mudanças semelhantes havidas na academia norte-americana. Os modelos teóricos da escolha racional, dados quantitativos e métodos estatísticos eram apresentados entre nós como sinônimos de formas mais avançadas e "modernas" de pesquisa. Os críticos reforçavam o estereótipo, ao confundirem esse tipo de abordagem com a pesquisa empírica realizada pela "ciência política norte-americana". No entanto, tais abordagens eram adotadas por apenas alguns grupos de pesquisadores nos Estados Unidos, que certamente haviam alcançado a preponderância nas principais instituições universitárias e de pesquisa, e nas associações profissionais, mas que permaneciam – como até hoje permanecem – frontalmente contestadas. Tornou-se indispensável realizar a revisão crítica dos trabalhos e do debate acadêmico norte-americano, a fim de não se reproduzir como moeda corrente os temas e modelos teóricos que nos eram oferecidos pelas apropriações seletivas que aqui aportavam.

Em suma, o campo iniciante de pesquisas sobre o Judiciário brasileiro deve passar pela análise crítica dos trabalhos de ciência

política norte-americana. A atividade não se justifica só como parte da prática habitual de pesquisa científica mas também em virtude do caráter modelar das instituições daquele país para as nossas próprias instituições, pela presença e circulação – parcial e enviesada – de discursos sobre o Judiciário e a Constituição norte-americana e, enfim, pela própria forma pela qual se deu entre nós a recepção de modelos teóricos e temas de pesquisa. Esta situação incita não só à análise crítica mas à produção de nossas próprias pesquisas e reflexões sobre o Judiciário daquele país. E a Suprema Corte é o foco privilegiado para esse trabalho.

Sobre a coletânea

A partir de pesquisas sobre as instituições judiciais brasileiras começadas no final dos anos oitenta, o nosso trabalho tornou-se coletivo e institucionalizado com a criação, em 2003, do Grupo de Pesquisas em Direito e Política, junto ao Centro de Estudos Internacionais e Política Contemporânea (GPD-CEIPOC), do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (IFCH/UNICAMP). O grupo conta com a participação de colegas de diversas universidades e de estudantes de graduação e pós-graduação. A partir de 2008, as atividades do grupo passaram a integrar o Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para o Estudo dos Estados Unidos (INCT-INEU), financiado pelo CNPq e pela FAPESP. As atividades se desdobram em três temas principais de pesquisa: instituições judiciais e cidadania, pensamento jurídico e direitos humanos, e delas resultaram trabalhos de seus integrantes[3].

Esta coletânea apresenta alguns resultados desse trabalho coletivo de aprendizado na pesquisa de ciência política sobre instituições judiciais. Optou-se por combinar trabalhos antigos, recentes e pesquisas

[3] Entre 2010 e 2014 foram realizadas algumas atividades em parceria com o Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-INEAC), e que resultaram em atividades conjuntas e a cooperação com pesquisadores norte-americanos. Agradecemos aos colegas Roberto Kant de Lima, Fernanda Duarte e Rafael Iório, desse Instituto.

em curso. O segundo capítulo foi redigido em 2006 e teve como desdobramentos atividades de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e disciplinas de graduação e pós-graduação ministradas no Curso de Ciências Sociais e no Programa da Pós-Graduação em Ciência Política da UNICAMP. Os demais capítulos foram redigidos entre 2013 e 2015, como resultados dessas atividades. Nos seus pontos comuns e diferenças, eles revelam um pouco da trajetória de trabalho coletivo que vem sendo realizado durante esses anos no âmbito do GPD-CEIPOC e do INCT-INEU.

A coletânea está dividida em duas partes: debates teóricos e estudos de caso. A primeira parte compreende três capítulos de revisão bibliográfica de trabalhos que tratam do problema das relações entre política e direito na análise das decisões e do papel da Suprema Corte norte-americana. Os capítulos têm em comum a discussão sobre neoinstitucionalismo em ciência política, mas eles são distintos e complementares. Foram ordenados para apresentar ao leitor as distintas abordagens neoinstitucionalistas (cap. 1), as suas relações com os debates em outras disciplinas, tais como a sociologia do direito e a história do pensamento jurídico (cap. 2), e, enfim, as interações, diálogos e complementaridades entre distintas perspectivas e abordagens teóricas (cap. 3). Os objetivos dos capítulos são diferentes, pois o primeiro propõe-se a explicitar as bases teóricas dos modelos de análise de decisões judiciais; o segundo visa fundamentar a análise política do pensamento jurídico, discutindo as questões epistemológicas presentes no debate entre perspectivas teóricas e disciplinas; e o terceiro defende a possibilidade de, conforme problemas específicos de pesquisa, serem combinadas distintas perspectivas e abordagens teóricas, que trabalham não só o nível institucional mas também o da ação e o da estrutura socioeconômica. Desta forma, os capítulos teóricos oferecem, em conjunto, um balanço de pesquisas sobre a Suprema Corte e propostas para a análise teórica de instituições judiciais, processos decisórios e o pensamento jurídico.

A segunda parte é formada por quatro estudos sobre a Suprema Corte norte-americana. Elas têm estratégias de pesquisa: a análise crítica da problemática do ativismo e as mudanças do pensamento jurídico e da atuação da Suprema Corte na questão dos direitos civis (cap. 4); a análise comparada da organização e dos procedimentos da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal (cap. 5); e a análise estratégica, normativa e contextual de decisões da Suprema Corte na Guerra contra o Terror, especialmente as que dizem respeito aos detidos na prisão de Guantánamo (cap. 6 e 7).

A seguir, apresentam-se os capítulos da coletânea

Na primeira parte, *Debates teóricos*, o capítulo 1, *Abordagens teóricas para o estudo da Suprema Corte, para o estudo das decisões da Suprema Corte* de Karen Sakalauska, apresenta as abordagens neoinstitucionalistas em contraste com a abordagem atitudinal, e em seus debates internos. Ele destaca as principais contribuições do corpo bibliográfico dessas abordagens, chamando especial atenção para o peso ou papel atribuído, por cada qual, ao direito, na tomada de decisão judicial. O objetivo do capítulo é reunir elementos teóricos para a combinação das abordagens estratégica e normativa e, com isso, avançar na reflexão sobre um modelo formal de análise do processo decisório do tribunal.

O capítulo 2, *O debate norte-americano sobre as relações entre instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico* de Andrei Koerner, foi redigido em 2006 e publicado no ano seguinte. Trata-se de uma revisão bibliográfica cujo objetivo foi fazer um primeiro balanço teórico de pesquisas sobre o tema nos Estados Unidos, para formular conceitos e instrumentos para a análise do pensamento constitucional elaborado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ao longo dos anos noventa. O capítulo apresenta diferentes abordagens de ciência política e de sociologia do direito sobre decisões judiciais na Suprema Corte norte-americana. Preliminarmente, apresenta a crítica ao formalismo

jurídico formulada pela teoria realista do direito a partir do início do século XX. Trata o modelo pluralista, o atitudinal e o da interação estratégica, elaborados após os anos quarenta. Noutro momento, apresenta abordagens institucionais que adotam as perspectivas histórica e sociológica para tratar as relações entre as decisões da Suprema Corte, a orientação política da coalizão dominante e os processos de mobilização legal. O conjunto dos trabalhos analisados incorporou à análise política das decisões da Suprema Corte o pensamento constitucional e as técnicas de tomada de decisão judicial. Ou seja, eles oferecem relevantes alternativas à análise centrada no comportamento dos juízes ou na consideração estática das instituições como normas dadas para atores voltados às suas preferências. Em adendo, o capítulo traz uma série de proposições de caráter metodológico para orientar a análise política do pensamento jurídico.

Em *Abordagens teóricas na pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário: diálogos, pontes, híbridos,* Celly Cook Inatomi apresenta as diferentes perspectivas teóricas e metodológicas de pesquisa sobre o tema, organizadas segundo seu enfoque na ação, nas instituições ou nas estruturas socioeconômicas. Ela analisa os trabalhos para identificar os pontos de semelhança, continuidade ou complementaridade entre as perspectivas e, para isso, centra a atenção nas suas margens e pontos de contato. A autora mostra que as abordagens se desenvolveram não só por um jogo de oposições, mas também através de uma fluidez significativa de questões, pressupostos e metodologias. Apesar de serem apresentadas como contrapostas, elas conversam entre si muito mais do que geralmente se reconhece e assim extrapolam esquemas teórico-metodológicos rígidos e fechados. A reconstrução evidencia um espaço para que o pesquisador transite de forma mais livre e exploratória entre as diversas abordagens. Assim, o pesquisador, ao definir a sua estratégia para estudar o Poder Judiciário, não precisa se prender a uma linha única de pensamento, a pressupostos e métodos de trabalho, mas pode explorar as convergências existentes, propor sínteses ou explorar novas possibilidades.

A segunda parte, *Estudos de caso,* abre com o capítulo *A Corte Warren no debate sobre o ativismo judicial nos Estados Unidos*, de Andrei Koerner, que faz parte de uma série de pesquisas críticas do autor sobre a emergência do tema da judicialização e do ativismo na ciência política internacional. O capítulo toma como ponto de partida os resultados da crítica à problemática do ativismo judicial nos Estados Unidos, para propor um esquema para a análise política do pensamento jurídico naquele país. O esquema tem como foco as relações entre, por um lado, o pensamento constitucional com o regime governamental e o regime jurisprudencial, e, por outro, a inserção do Judiciário e dos juízes no processo político. Tendo como fundo as mudanças no pensamento constitucional do formalismo do final do século XIX ao realismo jurídico nos anos trinta, eles mesmos associados às mudanças estruturais e institucionais daquele país, o capítulo analisa a atuação da Corte Warren no processo político dos anos cinquenta, com ênfase no caso Brown (1954) e seus desdobramentos.

O capítulo 5, *Processo decisório na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal*, de Karen Sakalauska, combina as abordagens normativa e estratégica. A autora compara as principais regras, procedimentos e características dos processos decisórios na Suprema Corte norte-americana e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, para evidenciar a sua relevância estratégica no processo decisório do tribunal. Parte-se da premissa de que apreender e incorporar as diferenças existentes entre os processos decisórios é essencial para o empreendimento de análises empíricas das decisões do Supremo Tribunal Federal e, também, para a formulação de um modelo formal de análise do processo decisório do tribunal. Isto porque as particularidades institucionais e as dificuldades no campo de pesquisa exigem o desenvolvimento de técnicas específicas para estudar a corte brasileira, inviabilizando a importação de modelos elaborados e pensados para o estudo da corte norte-americana.

Os dois capítulos finais estudam a Suprema Corte e a Guerra contra o Terror e combinam as abordagens normativa e estratégica para a análise contextual de decisões do tribunal. Em *Os combatentes inimigos e o governo Bush: o papel da Suprema Corte na política externa do governo Bush (2001-2008)*, Cristina Carvalho Pacheco analisa o papel da Suprema Corte na produção da política externa durante a Guerra ao Terror (Governo George W. Bush, 2001-2008). O período estudado caracterizou-se por mudança drásticas no direcionamento da política externa dos EUA, balizado, principalmente, pela implementação de um conjunto de medidas normativas que, em sua essência, garantiram maior autonomia ao presidente da República. Parte desses esforços foram questionados nas Cortes Federais e, pela via recursal, chegaram à Suprema Corte norte-americana, em um conjunto de decisões que ficaram conhecidas como *detainee decisions: 1. Hamdi v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2004a), 2. *Rumsfeld v. Padilla* (UNITED STATES, 2004b), 3. *Rasul v. Bush* (UNITED STATES, 2004c), 4. *Hamdan v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2006) e 5. *Boumediene v. Bush* (UNITED STATES, 2008). Cada uma dessas decisões provocou no Governo Bush a elaboração de uma nova estratégia. É este o cenário em que o estudo se propõe a mergulhar de modo a discutir o papel do Judiciário na política externa dos EUA. Sustenta-se que através de um arcabouço teórico eficiente, ainda que, em alguns momentos, impreciso, elaborado a partir do argumento da natureza singular da Guerra ao Terror, o Executivo aumentou significativamente seu poder de ação na arena dos poderes presidenciais de guerra e de política externa. A ampliação desse poder, mesmo que balizado em grande medida tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, perpetua uma relação de legitimação dos atos executivos que vem se consolidando desde o início do século XX.

Steven Vladek, da *American University*, analisa em *A Suprema Corte norte-americana após o 11 de Setembro* a atuação do tribunal desde o 11 de Setembro, posicionando-se na contracorrente de outros estudos que realçam o seu papel ativo na Guerra ao Terror.

O autor reivindica uma análise mais "cínica" e mostra, a partir de casos julgados pela Suprema Corte, que, de fato, os seus ministros têm preservado o papel institucional do Judiciário federal, mas eles relutam em examinar o conteúdo das políticas antiterrorismo, especialmente quando são relacionadas ao abuso contra as liberdades civis. O trabalho argumenta que essa abordagem é original e parece refletir sua aquiescência substantiva às políticas governamentais antiterrorismo. Ao afirmar, repetidamente, sua autoridade apenas para contornar o julgamento de mérito, a Corte não tem sido nem ativa nem passiva, mas passivo-agressiva. O ensaio sugere que essa posição suscita um perigo fundamental na tomada de decisão judicial, especialmente em tempos de guerra: quanto mais tênues forem as linhas entre guerra e paz – e, no presente contexto, entre guerra e crime – mais as Cortes atuam, mesmo quando se recusam a fazê-lo.

Resultados e perspectivas

A organização da coletânea não pretende apresentar conclusões abrangentes sobre o conjunto de temas trabalhados nos capítulos. Do ponto de vista do conteúdo, os capítulos apresentam seus próprios resultados e conclusões, que remetem a outros trabalhos realizados pelos seus autores. Mas é o caso de fazer referência à relação dos resultados apresentados aqui com as perspectivas de pesquisa sobre a Suprema Corte e as instituições judiciais brasileiras pelos pesquisadores do GPD/CEIPOC e INCT/INEU.

A primeira observação, de caráter muito geral, é um resultado pedagógico, no que a coletânea testemunha a formação de jovens pesquisadores no âmbito, com *savoir-faire* para a análise do pensamento jurídico e as instituições judiciais. Como se sabe, é o resultado de um trabalho de longo prazo, feito na articulação de um programa de pós-graduação com grupos e redes de pesquisadores. Como já foi afirmado, a pesquisa sociopolítica sobre o direito e o Judiciário não tem tradição entre nós, e o seu desenvolvimento enfrenta o problema

aparentemente paradoxal do excesso de "oferta" de modelos e instrumentos de pesquisa sobre o tema nos Estados Unidos. Para não comprar modelos prontos, são necessários formação acadêmica, conhecimento das diferenças e senso crítico, que, no entanto, só são alcançados por pesquisadores que tenham adquirido esses mesmos atributos pela sua experiência de pesquisa.

Mas o que a coletânea realiza – e este é apenas um dos resultados de trabalhos que serão publicados pelo grupo nos próximos anos – é o resultado da exploração desse outro – a Suprema Corte, e também o Judiciário e o direito norte-americanos – que aparentemente já é suficientemente conhecido por demais pesquisadores, nativos ou de outros países centrais. É importante sublinhar que o olhar semiperiférico traz possibilidades novas de explorar o que não é pensado pelos pesquisadores daquele país.

Em termos mais específicos, os resultados dos capítulos são de caráter teórico-metodológico, de temas de pesquisa e de novos olhares cruzados sobre o tema. Diferentemente da universidade norte-americana, as nossas pesquisas em ciências humanas e sociais têm perspectiva histórico-crítica e são mais abertas aos debates acadêmicos internacionais. Em outros termos, é de se destacar o "provincianismo" do centro quando se trata das referências incorporadas para a pesquisa e a reflexão sobre si mesmo. Os pesquisadores norte-americanos trabalham sobre os Estados Unidos tendo como referência autores e pesquisas do seu próprio país. Referências externas são ignoradas e, eventualmente, filtradas, reinterpretadas e incorporadas em versões mitigadas ou aceitáveis para a sua academia.

A relevância da "aventura" de pensar e pesquisar sobre a autorreferida "América", inclusive com a realização de estágios de pesquisa naquele país, não deve ser considerada a partir do ponto de vista dos seus efeitos para aquele espaço. A perspectiva de que a produção semiperiférica venha a ter efeito limitado, por ser ignorada ou pouco incorporada pelos autores norte-americanos, não é relevante

para o impacto do nosso trabalho. Pois a sua relevância está no que ele contribui para ultrapassar a imagem que eles produzem sobre si mesmos e explorar as suas porosidades, rugosidades, linhas de falha e sombras. Desse modo, nos desvencilharmos das imagens construídas pelos nativos a respeito deles mesmos e das representações que, por contraste, eles constroem sobre os outros. Esses outros somos nós, que acabamos por incorporar as representações recebidas e reproduzi-las em nossa reflexão a respeito de nós mesmos. Assim, a pesquisa sobre o modelo constitucional que há mais de dois séculos se coloca como referência para o mundo, nos treina para sermos capazes de ver, sob a nossa ótica, a nossa história, política e direito.

Os futuros projetos de pesquisa vão nesta linha: a releitura de temas clássicos ou a exploração de temas e perspectivas que estão em aberto na reflexão norte-americana atual. Dos temas clássicos, consideram-se: a reavaliação do papel da Suprema Corte e do Judiciário na promoção dos direitos sociais; as relações entre pensamento jurídico e prática judicial no período neoliberal; a reavaliação política de debates teóricos de direito constitucional; o contraste entre a organização judiciária norte-americana e a brasileira, especialmente no que tange às formas de seleção e carreiras de juízes togados e as formas de elaboração e execução do orçamento do judiciário; os contrastes entre os poderes e formas de atuação da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal, levando em conta as diferenças de forma de Estado, sistema político-partidário e de administração pública.

Dos novos temas, relacionam-se: os efeitos dos sistemas de controle e de informações para as liberdades públicas e a subjetividade dos cidadãos norte-americanos e seus impactos sobre os não cidadãos; assim como as mudanças que elas induzem sobre as relações entre organizações estatais e privadas, e também as redes internacionais de informação; as novas formas de organização empresarial e a gestão das relações de trabalho; os rumos da luta pelos direitos sociais; o

problema da recepção de normas internacionais, especialmente de direitos humanos, no ordenamento jurídico interno.

Vale lembrar que esses temas foram propostos no projeto de renovação do INCT-INEU para mais um quinquênio a partir de 2016, aprovado pelo CNPq. A formalização da nova etapa de pesquisas está em andamento, o que significa que, possivelmente, esta coletânea é a primeira de uma série de publicações dos integrantes do grupo de pesquisa.

PRIMEIRA PARTE
Debates Teóricos

CAPÍTULO 1

ABORDAGENS TEÓRICAS PARA O ESTUDO DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE[1]

Karen Sakalauska

Introdução

O direito é um dos principais produtos da política e é um campo em que muitas lutas políticas são travadas. O estudo do direito e da política, como área interdisciplinar, surgiu nos Estados Unidos no início do século XX, concomitantemente com a organização dos cientistas políticos em uma sociedade profissional – a *American Political Science Association* – e tem-lhes oferecido um vasto campo de exploração. Um dos locais pioneiros dessas pesquisas foi o *Department of Public Law and Jurisprudence*, criado nos anos de 1880, na Universidade de Colúmbia (WHITTINGTON, KELEMEN e CALDEIRA, 2008). Dentro desse campo, o estudo da Suprema Corte e do comportamento judicial é o coração do subcampo denominado *judicial politics* e, empiricamente, tem se debruçado sobre o aspecto político da constituição dos tribunais e de suas decisões.

Uma das preocupações desse campo de estudos recebe a rubrica de *judicial behavior* e procura responder algumas questões centrais. Por que os juízes da Suprema Corte, na tomada de decisão judicial, comportam-se de determinada maneira? O que explica suas decisões?

[1] O presente capítulo foi elaborado nas atividades do GPD-CEIPOC, no quadro do projeto do INCT-INEU. Foi preparado como parte do trabalho de dissertação em ciência política intitulada "O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais de direitos humanos: uma análise política das decisões judiciais", defendida em 2013, e atualizado para esta coletânea.

Que motivações orientam suas escolhas? Em que medida os juízes são *policy-seekers*? Tais questões têm gerado opiniões controversas e, num esforço por respondê-las, estudiosos da Suprema Corte norte-americana desenvolveram abordagens teóricas que têm sido amplamente utilizadas pelas mais variadas pesquisas empíricas sobre comportamento judicial.

O presente capítulo apresenta as abordagens teóricas predominantes de ciência política norte-americana no campo dos *judicial studies*: a atitudinal, a estratégica e a do institucionalismo histórico.[2] São abordagens que nos podem fornecer diretrizes preciosas para o estudo sistemático das decisões da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A abordagem atitudinal

O livro de 1948 de Charles Herman Pritchett, *The Roosevelt Court: a Study in Judicial Politics and Values 1937-1947,* é a primeira tentativa sistematizada de descrever, por meio de métodos quantitativos, o comportamento individual dos juízes e suas preferências políticas na tomada de decisão judicial (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005; CLAYTON, 1999). Pritchett foi o responsável por transportar o realismo jurídico para as pesquisas em ciência política e abriu caminho para as investigações quantitativas sobre a tomada de decisão judicial nos Estados Unidos (EPSTEIN, KNIGHT e MARTIN, 2003).

A partir do trabalho de Pritchett, uma série de estudos centrados nas visões e preferências pessoais dos juízes foram desenvolvidos e o maior destaque é atribuído aos trabalhos de Glendon Schubert. Baseando-se nas considerações de psicologia social de Clyde Coombs, Schubert é o primeiro a fornecer detalhes da abordagem atitudinal (SEGAL e SPAETH, 1993) e, por isso, chega a ser considerado o pai desta perspectiva teórica (BENESH, 2003).

[2] O capítulo 3 analisa as relações entre as abordagens para o estudo do Poder Judiciário como um todo.

Em 1965, na obra *The Judicial Mind*, Schubert indaga até que ponto os atos públicos dos juízes são influenciados por suas crenças pessoais. O autor preocupa-se com a relação entre os sistemas de crença política e o comportamento político dos juízes e, com base no padrão dos votos judiciais, elabora uma escala das atitudes judiciais segundo preferências ideológicas, considerando-as liberais ou conservadoras.

Segundo essa perspectiva, os casos podem ser situados num espectro ideológico unidimensional, em que a posição à extrema direita do *continuum* é identificada como conservadora e aquela à extrema esquerda, como liberal. Denominam-se *j-points* a localização dos casos e *i-point* a posição dos juízes no *continuum*. De maneira simplificada, um *justice* identificado como liberal decidirá favoravelmente os casos localizados à esquerda do seu *i-point* e será desfavorável às questões à direita. Assim, a posição dos juízes pode variar de acordo com as questões específicas envolvidas em um caso (SEGAL e SPAETH, 1993; BAUM, 1997).

Muitos dos elementos da literatura pioneira foram combinados e estão na raiz da abordagem atitudinal desenvolvida por Harold Spaeth e seus associados, ao longo das últimas décadas. A principal tese dos estudiosos dessa abordagem é que as visões pessoais dos juízes, suas atitudes ou preferências políticas têm impacto sobre suas decisões e escolhas. Empiricamente orientados, há décadas eles têm produzido pesquisas indicando que as motivações políticas são o que melhor explica o comportamento da Corte e os votos finais dos juízes.

Sobre os fundamentos da abordagem, cumpre dizer que, em primeiro lugar, ela é construída a partir da ideia de indeterminação da lei, difundida pelo realismo jurídico no século XX. Tal indeterminação abre espaço para que os juízes insiram suas visões pessoais na criação da lei. Em segundo lugar, ela foi influenciada pelo movimento behaviorista, de meados do século XX, que afetou a forma como os estudiosos judiciais em ciência política passaram a realizar sua pesquisa. O movimento behaviorista moveu a ciência política da simples

descrição e prescrição para o teste das teorias e fomentou o estudo científico do direito (BAILEY e MALTZMAN, 2011; SEGAL e SPAETH, 1993; MAVEETY, 2003).

Desta maneira, a abordagem atitudinal é construída sobre a ênfase na observação empírica, na medição do que os juízes fazem e no comportamento dos juízes individualmente considerados. O modelo teórico desenvolvido a partir dos pressupostos da abordagem atitudinal pode ser adequadamente descrito como "um conjunto de procedimentos estatísticos, envolvendo uma variedade de técnicas de escalonamento multidimensional, utilizados para nos dizer quantas dimensões temáticas caracterizam a tomada de decisão da Suprema Corte." (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005, p. 40).

Em *Supreme Court Decision Making* (1976), David Rohde e Harold Spaeth, na esteira de Schubert, consideraram que a grande parte dos casos que chegam à Corte representam um conflito entre posições liberais e conservadoras e, a fim de compreender as preferências dos juízes nas múltiplas questões, categorizaram-nas em três dimensões: *liberdade*, *igualdade* e *new dealism*. Trata-se de escalas, princípios organizacionais das opiniões políticas que possibilitam distinguir um juiz liberal, moderado ou conservador. A primeira dimensão, *liberdade*, envolve questões relativas às liberdades civis e a posição liberal é mais favorável a esses direitos. A segunda, *igualdade*, abrange questões ligadas a pedidos contra tratamentos discriminatórios, sendo a posição liberal mais sensível a tais reclamações e a posição conservadora menos, pois tende a privilegiar, por exemplo, o combate ao crime. Por fim, a terceira dimensão, *new dealism*, inclui questões de regulamentação econômica pelo Estado e, neste ponto, a posição liberal, em geral, mostra-se mais favorável à regulamentação, principalmente se protetiva dos trabalhadores (BAUM, 1987). A partir dos votos individuais no decorrer do tempo, em várias áreas, essas dimensões possibilitam situar o juiz ao longo de um espectro ideológico que vai de liberal a conservador, segundo sua disposição para, sistematicamente, apoiar

ou não certas alegações jurídicas. Além disto, elas pressupõem que as preferências dos juízes são estáveis no decurso de sua carreira.

O trabalho de Rohde e Spaeth parece ter dado respaldo para o desenvolvimento da abordagem de Segal e Spaeth em duas obras-chave da literatura atitudinal: *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (1993) e *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002).

Um importante avanço metodológico de Segal e Spaeth foi fornecer pontuação para medir o aspecto ideológico separado e independente do voto dos juízes. Este avanço começou com o trabalho de Segal e Cover, em 1989, no qual os autores mediram as posições liberal-conservadora com base em publicações dos próprios *justices*, anteriores à confirmação da sua nomeação pelo Senado, em quatro jornais americanos: *The Washington Post*, *The New York Times*, *The Los Angeles Times* e *The Chicago Tribune* (SEGAL, EPSTEIN, CAMERON e SPAETH, 1995). Segal e Spaeth combinaram essas pontuações com os padrões liberal-conservador de votos (SEGAL e SPAETH, 2002). A ideia é aparentemente simples: os juízes chegam à Suprema Corte com suas preferências ideológicas formadas e, diante dos casos sobre os quais são chamados a decidir, tais preferências têm enorme influência no resultado final dos votos.

Conforme observam Hammond, Bonneau e Sheehan (2005), as duas edições de Segal e Spaeth – 1993 e 2002 – trazem duas variações da abordagem atitudinal. A primeira edição traz uma apresentação predominantemente centrada na ativação das atitudes e a segunda traz uma versão da escolha racional da abordagem atitudinal. Na edição de 2002, os autores afirmam que a abordagem atitudinal é uma fusão dos conceitos-chave do realismo jurídico, da ciência política, da psicologia e da economia. No entanto, observam Hammond, Bonneau e Sheehan, a fusão dessas características permanece vaga na explicação dos autores, bem como as "fronteiras" entre as duas versões da abordagem.

De maneira geral, uma das premissas centrais da abordagem atitudinal é que os juízes da Suprema Corte seguem objetivos políticos.

Eles têm preferências políticas acerca das questões vindas das arenas tradicionais para a Corte e, no processo de tomada de decisão, buscam resultados o mais próximo possível de suas próprias preferências políticas (ROHDE e SPAETH 1976; SEGAL e SPAETH, 2002). Tal abordagem encontra sua definição clássica nas palavras de Segal e Spaeth (2002, p. 86; 1993, p. 65): "Este modelo sustenta que a Suprema Corte decide os litígios à luz dos fatos do caso *vis-à-vis* das atitudes ideológicas e valores dos juízes. Simplificando, Rehnquist vota dessa maneira porque ele é extremamente conservador; Marshall votou daquele modo porque ele é extremamente liberal." (SEGAL e SPAETH, 2002, p. 86; 1993, p. 65).

Sobre a tomada de decisão no mérito, os atitudinalistas argumentam que os juízes decidem livres de constrangimentos e votam em sincero acordo com suas preferências e atitudes. Essa liberdade institucional decorre, segundo apontam, de algumas prerrogativas, entre elas o fato de que: 1) a Suprema Corte é um tribunal de última instância e suas decisões não podem ser objeto de recurso para nenhum tribunal superior; 2) os juízes gozam de vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios; 3) os juízes têm poder sobre os casos que pretendem decidir e usam essa liberdade para decidir os casos que mostram argumentos jurídicos plausíveis de ambos os lados e, portanto, possibilitam a expressão sincera de suas preferências e atitudes no voto; 4) os juízes ocupam o posto mais alto na carreira e, provavelmente, poucos desejam posições mais elevadas; 5) os juízes constituem um ramo independente e, geralmente, não têm que se preocupar com a possível reação do Congresso ou do Executivo para suas decisões (SEGAL, 1999; SEGAL e SPAETH, 2002; BRENNER e WHITMEYER, 2009).

Cumpre observar que a noção de ausência de constrangimentos incidentes sobre as escolhas dos juízes só se aplica nas decisões sobre o mérito, e não nos outros estágios do processo de tomada de decisão pela Suprema Corte (SEGAL, 1999; HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005). Mas, apesar dessa limitação e da ampla aceitação

da abordagem pelos estudiosos da Suprema Corte, tal abordagem tem recebido inúmeras críticas.

Conforme ressalta Baum (1994), Segal e Spaeth fundamentam erroneamente sua principal alegação, de que a preferência política dos juízes é determinante na explicação dos resultados dos votos finais. Segundo Baum, os autores afastam da sua fundamentação considerações importantes, como o papel do direito. Além disso, as publicações em jornais e os padrões de votação medem apenas indiretamente as preferências políticas dos juízes.

Na mesma linha de ideias, Knight e Epstein (1998) afirmam que a abordagem atitudinal não é suficientemente explicativa, pois não leva em conta as variáveis estratégicas que motivam a tomada de decisão judicial. Para os juízes maximizarem suas preferências, eles têm que agir estrategicamente ao fazer suas escolhas.

Bailey e Maltzman (2011) argumentam que as preferências políticas expressas de maneira sincera nas decisões não explicam adequadamente, por si sós, a tomada de decisão judicial da Suprema Corte. Eles consideram que os constrangimentos legais e políticos devem ser levados em conta no estudo do processo decisório e que as preferências políticas dos *justices* fornecem apenas um ponto de partida para essa análise. Assim como têm atitudes sobre a política, os juízes também têm atitudes sobre o direito e não são independentes do sistema político em que estão inseridos.

O direito é tratado, por essa abordagem, como um meio para encobrir ou disfarçar o comportamento ideológico, mesmo que inconscientemente. Segundo tal visão, as exposições legais dão cobertura às decisões políticas dos juízes (WAHLBECK, 1997; LAX, 2011).

A abordagem atitudinal parece, assim, não fornecer uma compreensão completa da tomada de decisão da Suprema Corte, pois as atitudes, por si sós, nem sempre explicam o resultado da decisão. Apesar disso, a abordagem desmistifica a instituição e nos ajuda a entender que a Suprema Corte é uma instituição formada por indivíduos que

tomam decisões usando fatores extralegais. Nossa tarefa, agora, é expor outros fatores que transcendem as atitudes e preferências dos juízes e são importantes para uma compreensão mais completa da tomada de decisão judicial da Suprema Corte.

A abordagem estratégica e o neoinstitucionalismo da escolha racional

A abordagem estratégica tem como base os pressupostos teóricos e metodológicos da teoria da escolha racional.

Segundo Green e Shapiro, os pressupostos amplamente aceitos pelos teóricos da escolha racional e que estão no cerne dos mais variados estudos políticos são cinco: 1) o comportamento do agente é orientado pela maximização da utilidade. Quando confrontado com múltiplas opções, ele escolhe a que acredita servir melhor aos seus propósitos; 2) a racionalidade deve conter exigências consistentes, possibilitando que as opções e preferências do agente sejam conexas e transitivas. Tal pressuposto exige, por exemplo, que o agente considere dois resultados como diferentes (prefere a opção "A" a "B") ou iguais (as opções "A" e "B" são indiferentes). Os resultados são avaliados e ordenados um em relação ao outro; 3) o valor esperado de ganho é maximizado pelo indivíduo em escala de utilidade. O foco é depositado sobre a expectativa, e não sobre o ganho real, pois o agente toma decisão sob condição de incerteza; 4) os agentes maximizadores são os indivíduos. É através da ação individual que os resultados coletivos devem ser explicados; 5) os modelos da escolha racional se aplicam ao estudo dos agentes em que decisões, regras, gostos e objetivos são estáveis ao longo do tempo (GREEN e SHAPIRO, 1994).

No âmbito da ciência política, tais pressupostos foram utilizados para estudar o direito. Basicamente, aponta Knight, esse campo de estudo se desdobra em três vertentes. A primeira vertente envolve direito e economia, empregando métodos de análise de mercado para o estudo do direito. A segunda vertente tem raízes na *Positive Political*

Theory que, a partir dos estudos centrados no Congresso, incorporou a Suprema Corte nas análises, utilizando abordagens formais para verificação das interações entre os diferentes ramos do governo. Já a terceira vertente empreende esforços para analisar a tomada de decisão judicial segundo a lógica da escolha estratégica (KNIGHT, 2001). É a esta última vertente que, primordialmente, nos dedicamos neste item.

Glendon Schubert, habitualmente associado à abordagem atitudinal, foi o primeiro cientista político a aplicar a teoria da escolha racional ao estudo do comportamento judicial (EPSTEIN e KNIGHT, 2000). Em *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959), o autor utilizou a teoria dos jogos para pensar sobre a racionalidade dos juízes na busca de seus objetivos políticos, tratando-os como tomadores estratégicos de decisão (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005).

Ainda no rol dos pioneiros da abordagem estratégica, Walter Murphy tem lugar de destaque. Na sua obra *Elements of Judicial Strategy* (1964), desenvolveu a ideia de estratégia na tomada de decisão judicial, argumentando que o comportamento dos juízes é moldado pelo comportamento dos seus pares e pela potencial ação do Legislativo, do Executivo e do público em geral. Por analogia, a ideia é que, assim como um comandante militar em tempo de guerra deve estar atento às posições e possíveis ações de seus adversários, o juiz, para impor sua preferência política, deve ter em mente as preferências dos colegas e dos atores externos (EPSTEIN e KNIGHT, 2003).

Muito embora a sua obra tenha sido publicada na década de 1960, a abordagem estratégica só obteve maior atenção dos estudiosos do comportamento judicial em meados da década de 1990. Pensar no juiz como um ator racional significa dizer que, ao decidir dentre os caminhos possíveis, ele escolhe um curso de ação que de maneira ótima e mais eficiente ajudará na consecução de seus objetivos (EPSTEIN e KNIGHT, 1999). A natureza essencial de sua atividade não difere, portanto, da de um congressista. Ambos têm que decidir questões políticas importantes, formular opiniões e emitir votos com

vistas a avançar seus próprios interesses (SPILLER e GELY, 2008). Esta noção de racionalidade associada à noção de comportamento estratégico está na base da abordagem estratégica aplicada ao estudo do comportamento judicial.

Sobre a noção de comportamento estratégico, é importante observar que muitas considerações da escolha racional sobre a tomada de decisão judicial partem do mesmo pressuposto da abordagem atitudinal, de que os juízes são *goal-directed*. Mas, diferentemente da abordagem atitudinal, os teóricos da escolha racional enfatizam que essa orientação por certos resultados ocorre de maneira estratégica ou interdependente do contexto de tomada de decisão judicial (EPSTEIN, HOEKSTRA, SEGAL e SPAETH, 1998).

A diferença entre as abordagens atitudinal e a da escolha racional, antes de tudo, diz respeito à diferença entre comportamento sincero e comportamento sofisticado (estratégico). Este é explicado por Caldeira, Wright e Zorn (2005, p. 111-112):

> Votos expressos pelos membros dos órgãos colegiados nem sempre representam fidedignamente suas verdadeiras preferências. Confrontados com três ou mais escolhas, os votantes podem abandonar a primeira opção, pois têm pouca chance de ganhar, a fim de impedir que vença uma alternativa que menos lhes agrada. Tipicamente chamado de voto "sofisticado" ou "estratégico", esse comportamento tem sólido fundamento teórico, e estudiosos têm descoberto exemplos em legislaturas e eleições ao redor do mundo. A Suprema Corte é uma instituição onde o voto sofisticado é comum [...]. (CALDEIRA, WRIGHT e ZORN, 2005, p. 111-112).

Em outros termos, a abordagem estratégica adota como ponto de partida a ideia de que o comportamento dos juízes não decorre apenas de suas preferências políticas e ideológicas votadas de maneira sincera, como quer a abordagem atitudinal. Os juízes atuam estrategicamente, realizando cálculos sobre as consequências de suas

decisões e considerando um contexto interdependente, que inclui atores com poder de veto.

Sobre a natureza *goal-directed* do comportamento judicial, os mais variados trabalhos apontam que os juízes seguem primordialmente objetivos políticos (como ver uma política pública refletindo suas preferências). Mas a abordagem estratégica pode comportar inúmeros outros objetivos ou motivações (EPSTEIN e KNIGHT, 2003). As escolhas dos juízes podem, por exemplo, ser motivadas por preocupações com a legitimidade institucional ou por preocupações de natureza jurisprudencial (KNIGHT, 2001; EPSTEIN e KNIGHT, 2003). Segundo a abordagem estratégica, no entanto, a motivação predominante é que os juízes querem ser eficazes no sentido de verem os seus objetivos políticos inscritos, ao longo do tempo, no conteúdo do direito (EPSTEIN e KNIGHT, 1998; KNIGHT, 2001). Essa tem sido a motivação de destaque nos estudos sobre comportamento judicial, e ela está afinada com a tradição iniciada pelos atitudinalistas, de enfatizar o papel das preferências políticas na explicação das decisões[3]. Retomaremos esse importante aspecto adiante.

O premiado livro *The Choice Justices Make*, de Lee Epstein e Jack Knight, publicado em 1998, tem sido considerado pelos estudiosos uma das obras-chave para o desenvolvimento recente da abordagem do cálculo estratégico. Epstein e Knight perfilam o pioneiro fundamental da abordagem estratégica para o comportamento judicial, Walter Murphy (MAVEETY, 2003), e, através de uma combinação de dados qualitativos e quantitativos, fornecem evidências importantes de que os juízes se comportam estrategicamente em todos os estágios do processo de tomada de decisão da Corte (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005).

[3] Em certa medida, a literatura ressalta um elo entre as abordagens atitudinal e da escolha racional: a centralidade ou domínio das preferências políticas na explicação da escolha judicial. Esse elo leva Harold Spaeth a considerar a abordagem da escolha racional como um subtipo da abordagem atitudinal: “O modelo legal e da escolha racional podem muito bem ser vistos como subtipo do modelo atitudinal, na medida em que ambos admitem a presença de preferências políticas pessoais no exercício da escolha decisional” (SPAETH, 2008, p. 757).

É importante notar que o objetivo dessa obra não foi desenvolver um modelo teórico formal a ser testado, mas analisar a lógica básica da ação estratégica, identificando as maneiras que se manifestam nas escolhas dos juízes e fornecendo um quadro para a compreensão de suas implicações nas pesquisas sobre o tribunal.

De maneira sistematizada, os autores estabelecem os principais componentes do cálculo estratégico para a tomada de decisão judicial, a saber: 1) as ações dos juízes são dirigidas para a realização de objetivos; 2) os juízes são estrategistas; 3) as instituições estruturam as interações dos juízes.

Assim, como já se pontuou, diz-se que uma ação é racional quando leva em conta a escolha que mais eficazmente satisfaz os objetivos desejados. O ator age intencionalmente e com fim de maximizar um objetivo específico. Os juízes, neste sentido, agem para ter suas posições políticas preferidas refletidas no direito. Este é o principal objetivo que perseguem. Para tanto, eles atuam estrategicamente, sendo que por "estratégia" designa-se que o processo de tomada de decisão judicial é interdependente, vale dizer, uma ação individual depende, em parte, das ações de outros atores (EPSTEIN e KNIGHT, 1997 e 1998).

Nesse contexto, ao decidir, um juiz calcula quais serão as preferências e escolhas de seus pares, o que se desdobra em agir racionalmente em todo o processo decisório. Ele também leva em conta as preferências de outros atores políticos chave, como o Congresso, o presidente e o público em geral. Se os cálculos estratégicos que realizam falharem, as consequências podem ser indesejáveis. Assim, por exemplo, o Congresso pode minar as decisões através da introdução de legislação contrária à *opinion* esposada pela Corte, ou o público pode recusar-se a cumprir a decisão – o que pode mitigar a sua legitimidade.

A questão que se coloca diz respeito à fonte de informação dos juízes, vale dizer, para calcular as preferências e o curso de ação dos demais atores os juízes precisam ter informações que direcionem suas escolhas. Eles precisam ser capazes de fazer previsões sobre o

contexto político e social em que estão operando. Dentre as fontes de informação, os autores apontam duas principais: a mídia e os pronunciamentos das partes e *amicus curiae*. Segundo argumentam, há evidências de que os juízes prestam atenção nas notícias da imprensa e a partir disso obtêm informações sobre o ambiente político. Tais notícias associadas às suas próprias percepções políticas possibilitam que eles façam cálculos sobre as preferências e prováveis ações dos outros atores (EPSTEIN e KNIGHT 1998, 1999).

Epstein e Knight argumentam, ainda, que não é possível entender as decisões dos juízes sem considerar o contexto institucional em que operam. Conceituam instituições como sendo um conjunto de regras que têm o papel de estruturar as interações sociais. Elas podem ser formais, como as leis, ou informais, como as normas e convenções. Tais regras ajudam os atores estratégicos, pois fornecem informações sobre como é esperado que se aja em determinada situação: elas estabelecem limites sobre a gama de comportamentos aceitáveis (KNIGHT, 2001). Assim, o respeito aos precedentes, bandeira da abordagem legal, é considerado pelos estudiosos da abordagem estratégica como um exemplo de constrangimento próprio desse contexto institucional (KNIGHT, 2001).

Nessa linha de ideias, Maltzman, Spriggs e Wahlbeck, no texto *Strategy and Judicial Choice: New Institucionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making* (1999), discutem a abordagem do cálculo estratégico em conjunto com a abordagem neoinstitucionalista da Corte Suprema, enfatizando o papel dos constrangimentos institucionais (*constraints*) no processo de tomada de decisão dos juízes[4]. Assim como Epstein e Knight, os autores esclarecem que esses constrangimentos

[4] "Em contraste, o neoinstitucionalismo devolve os atores políticos racionais ao seu contexto institucional, argumentando que o cálculo racional confere considerações de elementos estratégicos ao jogo político. Em vez de ter apenas o objetivo de maximizar, os atores racionais entendem que eles enfrentam um número de constrangimentos impostos pelas ações de outros atores políticos e pelo contexto político em que eles agem. Os juízes, em suma, são atores estratégicos que levam em consideração os constrangimentos que encontram quando tentam introduzir suas preferências no direito." (MALTZMAN, SPRIGGS e WAHLBECK, 1999, p.46).

podem ser regras formais ou informais que têm o condão de limitar as escolhas disponíveis aos atores políticos. As instituições influenciam as escolhas dos juízes, pois fornecem informações sobre o comportamento esperado e sinalizam as sanções impostas ao tribunal pelos demais atores. Os juízes, segundo tal abordagem, reagem à resposta antecipada dos outros, podendo, no entanto, agir sinceramente (se o contexto político favorecer uma atuação segundo suas preferências) ou em função das limitações impostas pelos demais atores, moderando suas posições preferidas para que a decisão se aproxime tanto quanto possível do seu ponto ideal.

Os constrangimentos incidentes sobre o comportamento dos juízes podem ser de duas ordens: 1) constrangimentos internos ou endógenos; 2) constrangimentos externos ou exógenos.

Os constrangimentos endógenos são o que Maltzman, Spriggs e Wahlbeck denominam "jogo colegiado" (*collegial court game*). Conforme explicam, as regras institucionais, os procedimentos e as normas internas à Corte constrangem a capacidade dos juízes de traduzir suas preferências para a política legal[5]. De modo que a possibilidade de um juiz transpor seus objetivos políticos para o/no direito depende de inúmeros fatores, tais como a configuração da agenda da Corte, regras sobre atribuição de parecer e normas sobre redação do parecer.

Com efeito, um juiz interessado em atingir seus objetivos políticos em determinado tema deve considerar, por exemplo, o lugar do caso na agenda do Tribunal. Ele, sozinho, não pode determinar que o caso seja colocado na pauta de julgamento, e esse é um constrangimento importante. De acordo com as normas internas (*rule of four*), seria necessário, para tanto, apoio de pelo menos mais três juízes, estabelecendo-se, assim, um jogo colegiado. A disposição dos juízes em conceder *certiorari*[6] dependerá das decisões de seus colegas, vale

[5] As regras procedimentais da Suprema Corte são explicadas no capítulo 5.

[6] O instituto do *writ of certionari,* conforme veremos, é uma particularidade da Suprema Corte norte-americana que possibilita o controle da agenda pelo Tribunal. Sua origem remete ao *Judiciary Act* de 1925. Esse instituto permite que o Tribunal selecione discricionariamente os casos que

dizer, da percepção sobre como eles decidirão o mérito. Um juiz poderá deixar de conceder o *certionari* se acreditar que sua posição não será a vencedora na votação do mérito. Essa estratégia é conhecida como *defensive denials* (PINTO, 2006).

Os constrangimentos exógenos referem-se ao que os autores designam como "jogo da separação de poderes" (*separation of powers game*). Parte-se da ideia de que a Suprema Corte está inserida no sistema político em que vigem regras constitucionais de freios e contrapesos, possibilitando, por exemplo, ao Legislativo derrubar uma decisão da Corte através da aprovação de uma legislação. Diante disto, os juízes jogam o jogo da separação de poderes fazendo escolhas estratégicas para evitar a censura do Congresso[7].

Michael A. Bailey e Forrest Maltzman, no trabalho *Constrained Court* (2011), propõem uma abordagem para análise da tomada de decisão judicial da Suprema Corte que pode ser incluída no rol da abordagem estratégica aqui apresentada.

Resumidamente, a obra de Bailey e Maltzman está assentada em três ideias centrais: 1) os juízes são influenciados por algo mais que apenas as preferências políticas, como afirma a abordagem atitudinal; 2) a lei importa (*law matters*) para os juízes; 3) os atores políticos externos influenciam os juízes.

Segundo explicam, os modelos teóricos elaborados a partir da consideração de que as preferências ideológicas dos juízes têm o condão de explicar todos os comportamentos da Corte falham quando aplicados aos casos em que a simples dimensão liberal-conservadora não dá conta das suas complexidades. Os casos *Texas versus Johnson* (1989) e *Virginia versus Black* (2003) são exemplos utilizados por Bailey e Maltzman para corroborar tal ideia. Em ambos, os padrões de votação e preferências estimados segundo as escalas da abordagem

irá julgar, podendo ser utilizado como estratégia evasiva para não julgar determinados casos.

[7] Os capítulos 4, 6 e 7 apresentam casos em que há tensões nas relações entre a Suprema Corte e os outros poderes, da União e dos estados.

atitudinal não serviram para prever a tomada de decisão dos juízes. Eles não são adequados para explicar a votação nesses casos. De outro modo, o comportamento dos juízes nos casos pode ser explicado por considerações legais.

Os autores consideram que fatores jurídicos afetam o comportamento dos juízes. Eles chamam a atenção para três doutrinas jurídicas que, com maior probabilidade, podem constranger a tomada de decisão judicial: *stare decisis*, restrição judicial e estrita interpretação da Constituição (ou da Primeira Emenda) (BAILEY e MALTZMAN, 2011 e 2008).

A doutrina do *stare decisis,* derivada do latim *stare decisis et non quieta movere*[8], preconiza a atenção aos casos pretéritos que apresentem semelhanças de fato e de direito com o atual. Ela parte da noção de que o respeito aos precedentes pode guiar a tarefa dos juízes. Por sua vez, a doutrina da restrição judicial (*judicial restraint*) diz respeito à deferência ao Legislativo e pode ser explicada, conforme ressaltam os autores, através do discurso dos juízes de que é tarefa dos legisladores, devidamente eleitos, mudar a política. Essa doutrina pode ser adequadamente expressa no discurso do *Chief Justice* Robert: "Os membros do Congresso foram escolhidos por centenas de milhares de pessoas, milhões de pessoas. Nem uma única pessoa votou em mim. E isso é, para mim, um obstáculo importante. Significa que eu não estou lá para fazer um julgamento baseado em minhas preferências políticas pessoais" (*Apud* BAILEY e MALTZMAN, 2011, p.191; 2008, p. 372).

Já a doutrina da estrita interpretação da Constituição está ligada à interpretação da Primeira Emenda, que desautoriza expressamente o Congresso a violar seis liberdades fundamentais, dentre elas a liberdade de expressão. Bailey e Maltzman verificam que essa doutrina tem levado os juízes a votar, muitas vezes, contra suas preferências pessoais. Caso emblemático é o do juiz conservador Scalia, que no caso

[8] "Mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido". Isso é o que se chama de "jurisprudência" e indica que os princípios de direito estabelecidos nas decisões anteriores devem ser aplicados em casos futuros semelhantes.

Texas versus Johnson, envolvendo a profanação da bandeira americana, votou favoravelmente ao acusado, justificando: "Eu teria ficado encantado em jogar o sr. Johnson na cadeia. Infelizmente, pelo modo como entendo a Primeira Emenda, eu não poderia fazê-lo" (BAILEY e MALTZMAN, 2011, p. 194-195).

Os autores apresentam evidências empíricas de que os juízes agem em um ambiente constrangido, em primeiro lugar, por fatores legais, mas argumentam que a experiência jurídica dos juízes é um elemento que faz variar seu grau de aderência a esses princípios, no sentido de que os juízes mais antigos são mais propensos a levar em conta os fatores legais, como o *stare decisis*, no processo de tomada de decisão. Em segundo lugar, a tomada de decisão dos juízes é constrangida por fatores políticos. Eles não estão isolados do que acontece nos Poderes Legislativo e Executivo, e respondem às mudanças nas preferências do Congresso e do presidente. A ideia de que a Corte é uma instituição controlada por juízes que reconhecem as oportunidades e os limites associados a suas posições leva os autores a fornecerem um método para medir quanto esses fatores legais e políticos afetam a tomada de decisão e quanto os juízes são movidos por considerações legais e por considerações políticas.

Essa abordagem parece representar uma elaboração teórica mais sofisticada que as anteriores. Ela parte das contribuições da abordagem atitudinal e agrega considerações do institucionalismo da escolha racional, dando ênfase às preferências dos juízes, aos fatores externos e institucionais da Corte e preconizando em que medida a lei importa no processo de tomada de decisão judicial.

Por fim, um dos recentes desenvolvimentos dentro da abordagem estratégica foi publicado no livro *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (2012), de Lee Epstein, Richard A. Posner e William M. Landes, e no artigo *Reconsidering Judicial Preferences* (2013), de Lee Epstein e Jack Knight. São trabalhos que se propõem a oferecer uma abordagem mais realista

do comportamento judicial e agregam contribuições de diferentes perspectivas (da ciência política e de outras disciplinas), para, dentre outras coisas, estudar de maneira mais ampla as motivações dos juízes no processo de tomada de decisão, indo além da convencional noção de que os juízes agem motivados pela maximização política.

No mencionado artigo, Epstein e Knight (2013) dão início à revisão dos pressupostos e desdobramentos da abordagem estratégica. Largamente impulsionados pelas evidências empíricas apresentadas por inúmeros trabalhos que demonstram que as preferências políticas não são tão determinantes do comportamento dos juízes, os autores propõem uma restauração das bases em que se assentam os estudos de tribunais em ciência política.

Essa reformulação parece partir dos pressupostos de Richard A. Posner, de que os juízes agem como todas as outras pessoas, buscando maximizar os seus interesses, que incluem elementos monetários e não monetários (como o lazer, o prestígio e o poder), a incorporação de sua preferência política na lei, e muito mais. Sem diminuir a ênfase no papel das preferências políticas na tomada de decisão, os autores propõem uma investigação mais ampliada das motivações para explicar o comportamento e as escolhas que os juízes fazem. Justificam a ampliação analítica a partir do seguinte argumento:

> Como existem apenas 24 horas em um dia, os juízes precisam decidir como alocar o seu tempo entre as atividades mencionadas: atividades judiciais (por exemplo, ouvir e decidir casos, trabalhar com colegas e funcionários), as atividades não judiciais (por exemplo, escrever livros, participar em conferências, ensinar) e lazer. Dadas as limitações de tempo, os juízes procuram maximizar suas preferências sobre um conjunto de fatores pessoais (a maioria dos quais também têm implicações para os objetivos ideológicos e legais): 1) satisfação no trabalho; 2) satisfações externas; 3) lazer; 4) salário e renda e 5) promoção (EPSTEIN e KNIGHT, 2013, p. 19)[9].

[9] Esse recente avanço dentro da abordagem estratégica tem sido chamado pela bibliografia de

Segundo afirmam, há um corpo de literatura oferecendo dados sobre cada um desses elementos, e eles devem ser explorados num modelo mais realista do comportamento judicial. Ele passa pelo abandono da abordagem atitudinal, porque ela tem foco apenas nas motivações políticas e ideológicas, e elas são apenas um dos motivos explicativos da tomada de decisão.

De outro modo, esse modelo é gerado no seio da abordagem estratégica, pois ela é capaz de comportar uma ampla gama de motivações. Na esteira de Posner, Epstein e Knight (2013) argumentam que, ao ter que decidir um caso, um juiz enfrenta incertezas e ambiguidades da lei e deve equilibrar uma série de fatores em seu raciocínio, de modo que "sua resposta a um caso é gerada pela doutrina jurídica, constrangimentos institucionais, preferência políticas, considerações estratégicas, tudo junto e misturado e mediado por temperamento, experiência, ambição e outros fatores pessoais" (POSNER, 2008, *apud,* EPSTEIN e KNIGHT, 2013, p. 25). Por tal razão, Epstein e Knight vislumbram três tipos principais de motivações que devem ser exploradas numa abordagem estratégica mais realista: motivações ideológicas, motivações pessoais e motivações legais.

Sobre este último tipo de motivação, Epstein e Knight (2013) identificam que a principal tarefa da incorporação do direito na análise estratégica é desenvolver indicadores de como as categorias jurídicas podem afetar as decisões e como afetam a evolução do conteúdo substantivo do direito. Para tanto, salientam as contribuições que os métodos empregados em diferentes abordagens podem oferecer para a elaboração do modelo proposto. Mencionam os caminhos explorados

---

ELP's theory (teoria de Epstein, Landes e Posner) e tem recebido críticas relevantes. Dentre os críticos estão, por exemplo, Cass Sunstein (2013) e Cameron e Kornhauser (2015). Estes últimos observam que a teoria da escolha racional é composta, basicamente de três elementos. Em primeiro lugar, ela identifica os agentes, definindo suas preferências. Em segundo lugar, identifica o conjunto de opções disponíveis para o agente. E em terceiro lugar, identifica o ambiente em que o agente atua. Ocorre que a teoria de Epstein, Landes e Posner aborda apenas o primeiro desses elementos de uma teoria da escolha racional. Ela é silente em explicar como a orientação ideológica de um voto (a satisfação no trabalho, a satisfação externa, o salário e o lazer) determina os resultados com os quais o juiz se preocupa ou como afeta os seus argumentos.

por abordagens históricas (como as de Graber[10] e Whittington[11]), por estudos sobre a psicologia de julgar (como os elaborados por Braman[12], Guthrie[13] e Rachlinski[14]) e por abordagens assentadas em teoria formal (como as empreendidas por Kastellec[15], Lax[16] e Cameron[17]).

Nesse novo viés da abordagem estratégica, os juízes atuam estrategicamente para atingir seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Eles podem querer ver sua posição política preferida refletida no conteúdo do direito ao longo do tempo, tal como podem ser motivados por outros fatores. O mais importante nesse recente desdobramento é entender a estrutura motivacional e as condições sob as quais os juízes encontram um equilíbrio entre as motivações concorrentes e, com isso, possibilitar explicar os efeitos dessas motivações nos mais variados conjuntos de casos e na evolução substantiva do direito em diferentes temas.

A abordagem do institucionalismo histórico

O institucionalismo, pautado pela crença de que "as instituições importam" (*institutions matter*), tem dado primazia analítica às instituições na explicação dos fenômenos políticos. Como resposta, em parte, à "revolução behaviorista", tal perspectiva teórica se desdobrou em três principais vertentes no campo da ciência política: sociológica, da escolha racional e histórica.

---

[10] Graber M. A. 2006. *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*. New York: Cambridge Univ. Press.

[11] Whittington K. E. 2007. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

[12] Braman E. 2009. *Law, Politics and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Re asoning*. Charlottesville: Univ. Virginia Press.

[13] Guthrie C.; Rachlinski J. J.; Wistrich A. J. 2007. *Blinking on the bench: how judges decide cases*. Cornell Law Rev. 93:1–43.

[14] Rachlinski J. J.; Johnson S.; Wistrich A. J.; Guthrie C. 2009. *Does unconscious bias affect trial judges?* Notre Dame Law Rev. 84:1195–246.

[15] Kastellec J. 2007. *Panel composition and judicial compliance on the U.S. courts of appeals*. J. Law Econ. Org. 23:421–41.

[16] Lax J. R.. 2011. *The new judicial politics of legal doctrine.* Annu. Rev. Polit. Sci. 14:131–57.

[17] Lax J. R.; Cameron C. M. 2007. *Bargaining and opinion assignment on the US Supreme Court*. J. Law Econ. Org. 23:276–302.

O institucionalismo histórico aplicado ao estudo dos tribunais se apresenta como uma abordagem mais eclética do que as acima descritas, seja porque seus pioneiros apresentam enfoques diferentes, seja porque variam cronologicamente (MAVEETY, 2003).

Uma primeira observação a ser feita diz respeito à diferença entre antigo (*old*) institucionalismo e o novo (*new*) institucionalismo histórico no marco dos trabalhos sobre comportamento judicial. Tomamos emprestada a explicação de Clayton (1999 e 2003) sobre o cerne dessa diferença para dizer que os antigos institucionalistas abraçam uma concepção realista das instituições, descrevendo-as tal como elas existem, deixando de lado qualquer idealização a respeito do seu funcionamento e constituição. Eles tendem a enfocar mais as estruturas formais e tangíveis, como as cortes, as doutrinas jurídicas, as opiniões escritas, os estatutos e as Constituições18. Por outro lado, os neoinstitucionalistas mostram-se mais abertos a aceitar uma maior porosidade e dinamismo das instituições, enfatizando o papel das normas informais, mitos e estrutura social e cultural passada.

Nesse contexto, o grande pioneiro da abordagem do antigo institucionalismo parece ser Edward Corwin. Influenciados por uma concepção realista do direito, os estudos de Corwin adotam a perspectiva histórica para analisar a ciência política, demonstrando que o conhecimento do passado pode guiar os políticos do presente. Corwin enfatiza mais a importância do contexto histórico e ideológico na tomada de decisão judicial do que a lógica interna da doutrina jurídica ou das preferências individuais dos juízes. Segundo Clayton (2003), a defesa de que as inclinações dos juízes são, antes de tudo, produto da estrutura ideológica ou institucional que enquadram o pensamento judicial e constituem a natureza das preferências judiciais é a maior contribuição de Corwin para os estudiosos de comportamento judicial.

[18] Ver os capítulos 6 e 7, em que os autores estudam as decisões proferidas pela Corte sobre os casos relacionados ao 11 de Setembro, combinando a dimensão normativa das decisões e os efeitos políticos da atuação da Corte na dinâmica entre os poderes.

Além disso, Corwin tratava a história como um método e não como o fim da exploração dos objetos estudados.

Sob a influência de Corwin, Alpheus Mason é apontado como precursor do novo institucionalismo histórico e, apesar de ter se dedicado a inúmeros outros trabalhos, ele é bastante conhecido por suas biografias judiciais utilizando a perspectiva institucionalista (DAVIS, 2003). As biografias judiciais de Mason apresentam ricos detalhes sobre o contexto histórico, político e institucional em que os seus personagens tomavam as decisões. Além disso, exploram as relações entre a Suprema Corte e os outros ramos do governo, além de evidenciarem a conexão da Corte com o desenvolvimento das ideias políticas americanas. Davis (2003) considera que as análises de Mason estabelecem as bases sobre as quais os estudiosos neoinstitucionalistas históricos desenvolveram seus trabalhos posteriormente, na medida em que Mason enfatizou o papel do contexto institucional em que seus objetos de estudo estavam inseridos, recusando-se a explicar o comportamento dos juízes em termos de autointeresse racional (*rational self-interest*). Para Mason, os juízes são indivíduos cujos interesses e ações são moldados por uma combinação complexa de fatores históricos, institucionais e sociais, vale dizer, o contexto em que atuam informa/molda suas preferências, atitudes e objetivos (DAVIS, 2003).

Martin Shapiro, aluno de outro pioneiro do antigo institucionalismo histórico, Robert McClosely, mostrou preferência por utilizar o método histórico-interpretativo mais do que as abordagens quantitativas e formais no estudo do direito e das cortes (GILLMAN, 2004). Com a publicação do livro *Law and Politics in the Supreme Court*, em 1964, também antecipou as concepções que formam, atualmente, a abordagem do neoinstitucionalismo (KRITZER, 2003). Seu trabalho é considerado uma ponte importante entre a análise institucionalista tradicional do Judiciário e as assertivas neoinstitucionalistas. Shapiro reconhece que a Corte interage com o sistema político em que está inserida, mas de modos diferentes dos demais ramos do governo,

pois desempenha papéis distintos em diferentes áreas de tomada de decisão (KRITZER, 2003; GILLMAN, 2004)[19].

A partir da visão de que as cortes e os juízes podem ser submetidos ao mesmo tipo de análise que as demais instituições e atores políticos, ele desenvolveu a chamada *political jurisprudence*, entendendo que cortes são cortes, mas também são instituições políticas. Com isso, Shapiro conecta a teoria do direito (*jurisprudence*) com a perspectiva política (*political*), chamando a atenção para o contexto e as influências políticas sobre os juízes, as cortes e o conteúdo do que os juízes dizem. Este conteúdo ajuda a entender como os juízes afetam uns aos outros e como afetam os demais atores políticos. Assim, mais importante do que saber quem ganha ou quem perde é atentar para a opinião esposada pelos juízes nas decisões. Tais opiniões importam mais que o resultado da decisão em si, pois elas sinalizam para os demais atores os resultados prováveis em futuros casos semelhantes, demarcando posições e comunicando valores. Para Shapiro, essa sinalização é central no processo de *policy-making* (KRITZER, 2003).

De maneira geral, o institucionalismo histórico como abordagem destinada à análise do comportamento judicial preconiza que as normas, poderes e preferências institucionalmente constituídas importam, porque têm o condão de informar o comportamento e também reconstituir o contexto em que os juízes atuam (MAVEETY, 2003). Ele considera os arranjos institucionais e os processos sociais relevantes para a compreensão do fenômeno político e considera as instituições forças independentes no processo de tomada de decisão judicial (DAVIS, 2003). O institucionalismo histórico busca, outrossim, explicar a tomada de decisão judicial como um processo em que atitudes e preferências são variáveis dependentes, constituídas, inclusive, pelas concepções sobre o papel da corte, o senso de obrigação e as expectativas institucionais.

[19] Sobre esse ponto, ver a discussão no capítulo 4.

Segundo essa abordagem, o comportamento dos juízes não é motivado tão somente por um cálculo sobre os riscos e maximização dos objetivos, como quer a abordagem estratégica, ou por suas preferências ideológicas, como preconiza a abordagem atitudinal, mas é também orientado por um senso de obrigação para com o direito e por um compromisso de agir em certos caminhos e de acordo com as expectativas depositadas em sua função institucional (GILLMAN e CLAYTON, 1999; DAVIS, 2003). Neste sentido, as instituições estruturam a habilidade do juiz de agir dentro de um conjunto de crenças, bem como representam uma fonte de propósitos, objetivos e preferências políticas (GILLMAN e CLAYTON, 1999). A relação entre os atores políticos e as instituições é, portanto, interativa. Isto significa dizer que as instituições moldam os interesses, valores e preferências dos atores, mas estes também influenciam as instituições (DAVIS, 2003).

Sobre este aspecto, Gillman e Clayton (1999) chamam atenção para uma diferença importante entre as abordagens do institucionalismo da escolha racional e do institucionalismo histórico. Eles salientam que os estudos efetuados da perspectiva do institucionalismo da escolha racional tendem a considerar que as instituições estruturam as interações entre o ambiente externo e o comportamento judicial. As instituições são, sob esta perspectiva, "simplesmente o conjunto de regras dentro do qual o jogo de maximização do interesse próprio é jogado" (CLAYTON, 1999, p. 31).

Já os estudiosos engajados na abordagem do institucionalismo histórico consideram que o comportamento judicial não é apenas *estruturado* pelas instituições, mas é também *constituído* por elas, na medida em que os objetivos e valores associados com o arranjo institucional fornecem impulso e direção aos atores políticos. Em outras palavras, as instituições "constrangem as escolhas através da estruturação de incentivos, mas também moldam as preferências, influenciando ideias" (WHITTINGTON, 2000, p. 615). Não simplesmente impõem constrangimentos sobre as escolhas que os juízes fazem mas

são, também, locais onde as preferências se formam e uma ordem normativa se constitui (WHITTINGTON, 2000). Sob esta perspectiva, a definição de "instituição" tem incluído uma vasta gama de fenômenos, indicando não apenas regras e normas formais mas também estruturas cognitivas, hábitos de pensamento, rotina e tradições do discurso político (WHITTINGTON, 2000). Clayton e Gillman explicam que tal perspectiva é histórica "porque presume que, ao longo do tempo, como as instituições interagem com outras características do sistema político e tentam lidar com as mudanças sociais, elas podem se transformar e desenvolver novas normas, tradições e funções" (1999, p. 6-7).

A perspectiva institucionalista encoraja, ademais, o retorno do direito para o estudo do comportamento judicial, preocupando-se com a colocação da Corte e da lei dentro do amplo contexto intelectual e social que molda o direito e define seu significado. A lei passa ser compreendida como um conjunto de ideias que molda a maneira como os indivíduos pensam e interagem com o mundo, mas ela própria tem seu significado construído nesse contexto social (WHITTINGTON, 2000) [20].

Dentro do institucionalismo histórico, uma contribuição interessante é a de Gillman (1999), que propõe uma abordagem interpretativa para o estudo da Suprema Corte partindo da noção de *missão institucional*. Segundo o autor, o que faz algo ser reconhecido como uma instituição é a sua missão, que pode ser definida como um "propósito identificável ou objetivo normativo que, num momento histórico particular em um contexto particular, torna-se rotinizado dentro de uma forma corporativa identificável como resultado dos esforços de certos grupos de pessoas" (GILLMAN, 1999, p. 79). Esse processo de rotinização da missão está ligado ao estabelecimento de certos atributos organizacionais, como os documentos fundadores, as lideranças, a divisão de responsabilidades, as regras de funcionamento, os mecanismos de tomada de decisão. O estabelecimento de

[20] Essa discussão será retomada no capítulo 2.

atributos organizacionais é importante para possibilitar que certos atores estabeleçam uma relação formal com a instituição.

No caso de uma corte, o fato de os atores a ela ligados pensarem sobre si próprios como parte de um corpo, trabalhando juntos para promover certos objetivos e realizar determinada função é o que a identifica como uma instituição. A estrutura de significado incorporada na corte e na mentalidade dos atores que a compõem define sua missão institucional distinta/peculiar no sistema político. Gillman (1999) propõe uma análise mais profunda do contexto institucional em que os juízes tomam suas decisões, com o objetivo de entender se eles estão comprometidos com os propósitos institucionais discerníveis.

Considerações finais

O quadro a seguir busca sintetizar alguns dos principais conceitos envolvidos no estudo do comportamento decisório. Ele compara as abordagens apresentadas, colocando lado a lado as diferenças e semelhanças entre elas e oferece-nos uma visão geral dessas perspectivas de análise. A partir disso, é possível extrair pressupostos importantes para a análise da tomada de decisão judicial.

A abordagem atitudinal ajuda-nos a ver os juízes como *policy-seekers*, orientados por seus objetivos e preferências pessoais na tomada de decisão judicial. O modelo teórico construído sobre tal pressuposto considera que as decisões podem ser explicadas pelas preferências pessoais dos juízes, individualmente considerados. As preferências políticas e ideológicas podem ser colocadas num *continuum* unidimensional que vai da direita à esquerda, segundo sua preferência seja considerada conservadora ou liberal. Tal abordagem nos diz pouco sobre como as questões levantadas nos casos são enquadradas fora da Corte e por que os juízes escolhem determinados caminhos em vez de outros. E, muito embora no Brasil os estudiosos de Judiciário em ciência política afirmem que o modelo atitudinal é inadequado para o estudo da realidade judicial brasileira (DA ROS, 2008), a simples ideia

de que a decisão de mérito do Tribunal é tomada, primordialmente, tendo em vista fatores políticos, já é uma contribuição importante e um ponto de partida para estudar a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A abordagem estratégica agrega elementos da escolha racional para considerar que os juízes são atores metaorientados, que agem racionalmente num ambiente estruturado pelas instituições e constrangidos pelas preferências dos demais juízes, dos outros atores políticos e do público em geral. Dentre os objetivos que os juízes estrategicamente buscam maximizar o mais importante é a inserção de sua preferência política no direito, ao longo do tempo. No estudo do comportamento judicial, a abordagem estratégica dá destaque aos fatores políticos e jurídicos, como elementos que constrangem as escolhas que os juízes fazem na tomada de decisão judicial, e essa contribuição é mais elaborada do que a oferecida pela abordagem atitudinal.

Tal abordagem também tem se aprimorado a fim de entender, de modo mais realista, as motivações que orientam as escolhas dos juízes e como as motivações variadas afetam o conteúdo substantivo e a evolução do direito. Isso nos leva a entender que não se deve considerar as preferências políticas como a única causa explicativa das decisões, mas deve-se, sim, entendê-las como mais um elemento que é estrategicamente ponderado pelos juízes no processo de tomada de decisão.

Por fim, a abordagem do institucionalismo histórico nos fornece nortes interessantes para a análise do comportamento judicial e para um entendimento dos juízes como atores inseridos numa situação social e política particular. Essa abordagem, aplicada ao estudo da tomada de decisão judicial, encoraja o retorno do direito nos estudos empíricos, considerando importante olhar para o que os juízes dizem como forma de entender como eles pensam e agem sobre as questões que decidem, dentro de um contexto constituído e estruturado pelas instituições.

continua

	Abordagem Atitudinal	Abordagem Estratégica	Abordagem do Institucionalismo Histórico
Lei/Direito	- concepção instrumental; - ferramenta para avançar as preferências políticas pessoais dos juízes; - não afeta os juízes; - não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial; - usada para encobrir comportamento ideológico.	- concepção instrumental; - ferramenta para avançar os objetivos dos juízes; - o direito importa, pois pode representar um constrangimento sobre as escolhas dos juízes.	- o direito importa; - conjunto de ideias que molda como o indivíduo pensa e interage com o contexto em que está inserido, mas também é constituído e obtém significado por meio desse contexto; - natureza reguladora e constitutiva.
Juiz	- *policy-seekers/goal directed*; - reagem a estímulos e decidem motivados por suas preferências pessoais manifestadas de maneira sincera.	- *goal directed*; - atores racionais que fazem escolhas agindo estrategicamente para maximizar seus interesses.	- atores políticos cujos interesses e ações são moldados por uma série de fatores. São motivados, por ex., pelo dever com o direito, senso de responsabilidade e expectativas institucionais.
Outros atores políticos	- não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial.	- constrangem as escolhas dos juízes, pois fornecem informações sobre o comportamento esperado e sinalizam sanções; - as preferências desses atores são levadas em conta no cálculo estratégico que os juízes fazem.	- parte do contexto institucional.

conclusão

	Abordagem Atitudinal	Abordagem Estratégica	Abordagem do Institucionalismo Histórico
Instituições	- não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial.	- as instituições importam, porque estruturam as interações dos juízes e constrangem suas escolhas; - conjunto de regras formais, como leis, e regras informais, como normas e convenções.	- as instituições importam, elas regulam e constituem as preferências dos juízes; - variável independente no estudo dos tribunais; - definição ampla, engloba estrutura e regras formais, bem como hábito de pensamento, rotinas etc.
Decisões	- oportunidades para seguir preferências políticas e ideológicas.	- oportunidades de maximizar objetivos num contexto constrangido pelas preferências dos demais atores políticos chave; - oportunidades para inserir preferências no conteúdo do direito, ao longo do tempo.	- oportunidades de interpretar a lei e o seu papel no contexto social e político, constituindo o seu significado e sinalizando valores albergados pela corte.
Objetivos e preferências dos juízes	- variável mais importante para explicar o comportamento judicial e a tomada de decisão no mérito.	- variável importante, mas é constrangida por fatores estratégicos, internos e externos ao ambiente de tomada de decisão.	- variável dependente; - são constituídas por inúmeros fatores, tais como as concepções sobre o papel da corte, o senso de obrigação e as expectativas institucionais.

Referências bibliográficas

BAILEY, Michael A; KAMOIE, Brian; MALTZMAN, Forrest. 2005. *Signals from the Tenth Justice: The Political Role of the Solicitor General in Supreme Court Decision Making*. American Journal of Political Science, v. 49, n. 1, p. 72–85.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. 2008. *Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court*. The American Political Science Review, v. 102, n. 3, p. 369-384.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. 2011. *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009. *Solicitor General Infuence and the United States Supreme Court*. Annual Meeting of the Southern Political Science Association, New Orleans, Louisiana.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009b. *Agenda-Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence*. The Journal of Politics, v. 71, n. 3, p.1062 – 1075.

BAUM, Lawrence. 1987. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BAUM, Lawrence. 1994. *Symposium: The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Law and Courts Newsletter, pp. 3-5.

BAUM, Lawrence. 1997. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.

BENESH, Sara. 2003. *Harold J. Spaeth: The Supreme Court Computer*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, p. 116-147.

BOUCHER, Robert L. Jr.; SEGAL, Jeffrey A. 1995. *Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denialson the Vinson Court*. The Journal of Politics, v. 57, n. 3, p. 824 - 837.

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. 2009. *Strategy on the United States Supreme Court.* Cambridge University Press.

BRIGHAM, John. 1987. *The Cult of the Court*. Philadelphia: Temple University Press.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. 1988. *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*. The American Political Science Review, v. 82, n. 4, p. 1109-1127.

CALDEIRA, Gregory, WRIGHT, John; ZORN, Christopher. 1999. *Sophisticated Voting and Gate-keeping in the Supreme Court*. In EPSTEIN, Lee. 2005. *Courts and Judges*. Washington University, p. 111-134.

CAMERON, Charles M. e KORNHAUSER, *Lewis A. 2015. Rational Choice Attitudinalism? A Review of Epstein, Landes and Posner's The*

Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice. New York University Law and Economics Working Papers. Paper 412.

CLAYTON, Cornell W. 1999. *The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms*. In *Supreme Court Decision-Making: New institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p.15-41.

CLAYTON, Cornell W. 2003. *Edward S. Corwin as Public Scholar*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, p. 289-315.

CLARK, Tom S.; LAUDERDALE, Benjamin E. 2012. *The Genealogy of Law*. Political Analysis, p. 329–350.

COLLINS JR., Paul M. 2007. *Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs*. Political Research Quarterly, v. 60, n. 1, p. 55-70.

CORDAY, Margaret Meriwether; CORDAY, Richard. 2008. *Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits*. Ohio State Law Journal. v. 69, 2008, p.1-51.

DA ROS, Luciano. 2008. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988- 2007)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DAVIS, Sue. 2003. *Alpheus Thomas Mason: Piercing the Judicial Veil*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, p. 316-335.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1997. *The New Intitutionalism - part II*. Law and Courts Newsletter, Spring 1997, p. 1-28.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1998. *The Choices Justices Make.* Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1999. *Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amicus Curiae*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, p. 215-235.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 2000. *Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, a Look Ahead.* Political Research Quarterly, p. 625 -661.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. 2003. *The Political (Science) Context of Judging.* St. Louis University Law Journal, pp. 783-817.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. 2012. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice.* Harvard University Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 2013. *Reconsidering Judicial Preferences*. Annual Review of Political Science. v. 16, p. 11-31.

GILLMAN, Howard. 1999. *The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making*. In *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 65-87.

GILLMAN, Howard. 2004. *Martin Shapiro and the Movement from "Old" to "New" Institutionalist Studies in Public Law Scholarship*. Political Science Annual Review, p. 363-382.

GREEN, Donald P.; SHAPIRO, Ian. 1994. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science.* New Haven: Yale University Press.

HAMMOND, Thomas; BONNEAU, Chris; and SHEEHAN; Reginald. 2005. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, California, Stanford University Press.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. 1897. *The Path of the Law*. Harvard Law Review, v. 10, issue 8, p. 457-478.

JOHNSON, Timothy R.; WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS, James F. 2004. *The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court.* Annual meetings of the American Political Science Association, Chicago, Illinois.

KASTELLEC, Jonathan P. 2010. *The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees*. Journal of Empirical Legal Studies, v. 7, issue 2, p. 202–230.

KNIGHT, Jack. 2001. *Law and Rational Choice*. St. Louis: Washington University.

KRISLOV, Samuel. 1963. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. The Yale Law Journal, v. 72, n. 4, p. 694-721.

KRITZER, Herbert M. 2003. *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*. In *The Pioneers of Judicial Behavio*r. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, p. 387-416.

LAX, Jeffrey R. 2011. *The New Judicial Politics of Legal Doctrine*. The Annual Review of Political Science, p.131-157.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. & WAHLBECK, Paul. 1999. *Strategy and Judicial Choice: New Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 43-64.

MARCH, James G. e OLSEN, Johan P*. Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política*. Revista de Sociologia e Política. 2008, v. 16, n. 31, p. 121-142.

MAVEETY, Nancy. 2003. *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.

MURPHY, Walter; PRITCHETT, Herman C.; EPSTEIN, Lee. 2002. *Courts, Judges and Politics: An Introduction to the Judicial Process*. 5th Edition. New York: McGraw-Hill.

NICHOLSON, Chris; COLLINS JR, Paul M. 2007. *Selecting Influence? The Solicitor General and the Supreme Court*. Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, Illinois.

PERRY Jr., H. W. 1991. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. 2006. *Repercussão Geral e Writ of Certiorari*. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

POPPER, Karl R. 1963. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge.* New York: Routledge and Kegan Paul.

ROHDE, David W.; SPAETH, Harold J. 1976. *Supreme Court Decision Making*. San Francisco: W. H. Freeman.

SHAPIRO, Martin. 1963. *Political Jurisprudence*. Kentuky Law Journal, v. 52, p. 294-345.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. 1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press.

SEGAL; Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. 1995. *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*. The Journal of Politics, v. 57, n. 3, p. 812-823.

SEGAL, Jeffrey A. 1999. *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Markisist Model.* In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, p. 237-253.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. 2002. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press.

SPAETH, Harold J.; SEAGAL, Jeffrey A.; HOEKSTRA, Valerie; EPSTEIN, Lee. *Do political preferences change? A longitudinal study of U.S Court Justices*. Journal of Politics, Texas, v. 60, n. 3, p. 801-818.

SPAETH, Harold J. 2008. *Reflections about Judicial Politics.* In WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press.

SPILLER, Pablo T.; GELY, Rafael. 2008. *Strategic Judicial Decision Making*. In *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press, p. 34-45.

SUNSTEIN, Cass R. 2013.*Moneyball for Judges:the statistics of judicial behavio*r. *New*

Republic (Apr. 9, 2013). Disponível https://newrepublic.com/article/112683/ moneyball-judges [https://perma.cc/KQW6-GZ2Y]

WAHLBECK, Paul J. 1997. *The life of the Law: Judicial Politics and Legal Change*. The Journal of Politics, v. 59, n. 3, august 1997, p. 778-802.

WAHLBECK, Paul J. 2006. *Strategy and Constraints on Supreme Court Opinion Assignment.* University of Pennsylvania Law Review, v. 154, No. 6, Symposium: The Chief Justice and the Institutional Judiciary, p. 1729-1755.

WHITTINGON, Keith. 2000. *Once More Unto the Breach: Post Behavioralist Approaches to Judicial Politics*. Law & Social Inquiry, v. 25, n. 2, p. 601-634.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. 2008. *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press.

CAPÍTULO 2

O DEBATE NORTE-AMERICANO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE INSTITUIÇÕES, DECISÃO JUDICIAL E ANÁLISE DO PENSAMENTO JURÍDICO[1]

Andrei Koerner

Introdução

A partir do início da década de 1990 vê-se, por parte dos pesquisadores de ciência política do nosso e de outros países, o interesse crescente pelo papel político dos tribunais constitucionais e por temas do mundo do direito. As pesquisas têm trazido relevantes contribuições para o conhecimento desses temas, mas entre nós a produção sobre questões teórico-metodológicas e seus desdobramentos normativos tem sido limitada. Contudo, a análise política de decisões judiciais levanta problemas de pesquisa bastante complexos e relevantes, que devem ser tematizados a fim de tomarmos consciência dos pressupostos e consequências de nossas próprias escolhas e de alcançarmos uma elaboração conceitual mais aprimorada de nossas pesquisas. O presente capítulo apresenta algumas vertentes, na ciência política, do pensamento norte-americano sobre a decisão judicial, que se refere

[1] Este capítulo apresenta parte de artigo publicado no *BIB – Revista de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, Ed. Edusc, n° 63, 1° semestre de 2007, p. 63-96. Foram suprimidas algumas passagens para evitar repetições de análises apresentadas nos outros capítulos. O Pós-escrito foi redigido para o Seminário "História do Direito – Conceitos Fundamentais", organizado pelo prof. Airton Seelaender e realizado em maio de 2012 no PPG em Direito da UFSC, no quadro do PROCAD-CAPES. Agradeço aos colegas pelos comentários.

especialmente, mas não exclusivamente, à decisão constitucional na Suprema Corte. Não se tem a pretensão de apresentar uma revisão exaustiva das correntes de análise, o que demandaria um esforço de larga escala para dar conta apenas dos trabalhos de ciência política sobre o tema, dados o grande número de trabalhos produzidos, a riqueza e variedade das abordagens, a proliferação dos aspectos e temas que são tratados.

A produção de ciência política norte-americana sobre a Suprema Corte remete a um campo mais amplo de debates acadêmicos e políticos, no qual os temas e abordagens próprios ao campo da ciência política (estudos de governo, políticas públicas, política comparada, teoria política) entrelaçam-se com teorias, conceitos e debates produzidos em outras áreas, como a administração pública, a economia, a teoria do direito, a sociologia do direito e o direito constitucional. Esse debate remonta ao início do século XX, no qual estão vinculadas a expansão do modelo científico baseado no positivismo, no evolucionismo e no behaviorismo, a crítica realista ao formalismo jurídico e os seus desdobramentos sobre as concepções dominantes de *rule of law* e democracia, e as controvérsias teóricas e políticas a respeito da regulação econômica e das leis de proteção social.

A exposição é orientada pelo objetivo de realizar uma análise política do pensamento jurídico elaborado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A análise é focada na formação e transformações das matrizes de pensamento, dos conceitos, dos procedimentos, das técnicas jurídicas e do sentido político das decisões tomadas por aquele tribunal. Considera-se que o enfoque no pensamento jurídico é adequado e necessário para a pesquisa empírica sobre tribunais e decisão judicial. Com ele, o enfoque não é a explicação das decisões individuais dos juízes, mas dos padrões de tomada de decisão. O tribunal não é tomado isoladamente de seu contexto mas como uma instituição permeável às ações e expectativas de outros agentes. Assim, compreendem-se as relações entre os tribunais e outras instituições

governamentais, a forma de atuação dos tribunais e dos juristas no processo político e o sentido de suas decisões (e construções intelectuais) para a efetivação dos direitos de cidadania. São combinadas as dimensões estratégica e sócio-histórica dos fenômenos jurídicos, tratando-se a atuação dos juristas de uma perspectiva politicamente realista, que preserva as especificidades da atividade jurídica e, particularmente, as das decisões judiciais. Enfim, a abordagem incorpora à análise a dimensão normativa – o "direito" – dos fenômenos tratados e elabora conceitos operacionais para a pesquisa empírica dos mesmos. Mas o considera como parte de uma prática social, que se dá em contextos estruturados e com sentido altamente determinado pelas tradições históricas, cujos contornos não são (pre) determinados de forma completa, e assim não constituem um sistema coerente fechado, visto que seus traços são objeto e resultado dessa própria prática[2].

Tal forma de abordagem tem sido praticada, a partir do início dos anos de 1990, por pesquisadores de ciência política que tomam como ponto de partida a consciência da inadequação dos modelos naturalistas de ciência aos objetos das ciências sociais; em seguida, adotam métodos interpretativos de pesquisa (sem dispensar a utilização de procedimentos formalizados e análises quantitativas); além disso, consideram indispensável incorporar à análise política dos tribunais as suas especificidades institucionais, como a investidura, a natureza dos seus poderes e os métodos adotados na tomada de decisão. Enfim, criticam as concepções de direito presentes nas outras abordagens da ciência política, as quais o reduzem a um conjunto de regras e técnicas que são desprovidas de relevância, pois podem ser livremente manipuladas pelos juízes em função de suas preferências (o realismo jurídico, adotado pelas abordagens pluralista e atitudinal) ou que têm sentido objetivo e externo aos atores, que os tomam como uma restrição ou um recurso para seu cálculo estratégico (o formalismo jurídico, adotado pela abordagem estratégica).

[2] O autor realiza uma análise desse tipo de análise no capítulo 4.

O presente capítulo partiu da constatação de que há desenvolvimentos teóricos paralelos na ciência política, na teoria e sociologia do direito e na história do direito. O levantamento das tendências e influências recíprocas subjacentes a esse paralelismo seria, por si só, um excelente tema para a pesquisa da história intelectual norte-americana e das influências recíprocas entre as diferentes disciplinas acadêmicas. Não é o caso de fazer isso na presente exposição, a qual se resumirá à apresentação das raízes da abordagem construtivista no campo de debates acadêmicos de ciência política sobre a análise das decisões da Suprema Corte norte-americana. O Pós-escrito apresenta proposições que servem de orientação para a análise política do pensamento jurídico.

O capítulo apresenta, inicialmente, a crítica realista ao formalismo jurídico e algumas abordagens da ciência política: o pluralismo e a *political jurisprudence,* criticadas pelos modelos atitudinal e estratégico de análise das decisões judiciais (1). Em seguida, apresentam-se críticas e alternativas a tais abordagens, formuladas por autores que estudam as decisões da Suprema Corte com perspectiva interpretativa e construtivista do mundo social (2). Trata-se de trabalhos que incorporaram a dimensão constitutiva do direito à análise de decisões constitucionais, enfatizando sua irredutibilidade à política, a mobilização legal, e também consideraram as relações entre pensamento jurídico e mudança política, tematizando especialmente as mudanças da estrutura do pensamento jurídico e das técnicas de decisão no período do *New Deal*. A exposição coloca em relevo a oposição entre concepções positivistas e interpretativas de ciência política e suas abordagens instrumental e construtivista das instituições judiciais e do direito; os limites de análises que tratam os tribunais como instituições isoladas de seu contexto; as consequências das especificidades do papel do juiz para a tomada de decisão; a incorporação das categorias jurídicas à pesquisa empírica; e as expectativas, por parte dessas abordagens, de que os resultados da pesquisa empírica contribuam para a atividade normativa dos tribunais.

Ao longo da exposição pontuamos a apresentação dos autores com reflexões acerca dos desdobramentos dessas abordagens para a pesquisa empírica de decisões judiciais. Temos em vista uma pesquisa que enfoque as estratégias de ação e as formas de interpretação constitucional elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Abordagens da decisão judicial na Suprema Corte norte-americana

Até a década de 1930 a Suprema Corte interpretava extensivamente o princípio do *due process of law* expresso na 14ª. Emenda, segundo a qual "nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis". A emenda fora adotada após o fim da escravidão para evitar a criação de leis estaduais que restringissem os direitos de cidadania dos ex-escravos, mas passou a ser invocada na declaração da inconstitucionalidade de leis voltadas à proteção dos trabalhadores ou à regulamentação da atividade econômica. Após a Depressão, isso aconteceu com a legislação do *New Deal*, destinada ao estímulo da economia e à proteção aos trabalhadores: a Lei Nacional da Reconstrução Industrial (NIRA), porque continha delegação de poder legislativo e infringia a livre concorrência; a lei de Aposentadoria de Ferroviários, porque infringia a liberdade de comércio; a de hipotecas, porque violava direitos de propriedade etc. (CUSHMAN, 1998; GILLMAN, 1993; ver também RODRIGUES, 1958 e SILVEIRA, 1977). Os ministros da Suprema Corte justificavam suas decisões com concepções formalistas do direito, considerando a decisão judicial como a aplicação de princípios e regras jurídicas segundo procedimentos lógico-dedutivos. Valiam-se da utilização extensiva de princípios do *common law* a fim de restringir a legislação, considerando que esta seria constitucional apenas se compatível com os princípios daquela, tal como interpretados tradicionalmente pela Corte.

Esta orientação dos ministros desencadeou um conflito entre os poderes do Estado que resultou na apresentação, pelo presidente da República, de um projeto de lei propondo reformas no processo e organização da Suprema Corte, das quais a mais importante era a que previa a indicação de juízes auxiliares para todos os magistrados com mais de 70 anos, o que provocaria o aumento imediato do número de ministros de 9 para 15. Foi nesse contexto de pressões que, em 1937, a Suprema Corte passou a aceitar como constitucional a legislação econômica do *New Deal* (as leis sobre relações de trabalho, seguridade social e do salário mínimo), tendo para isso modificado sua orientação jurisprudencial sobre os pressupostos da razoabilidade e as técnicas de exame judicial das leis que impunham a regulação estatal das atividades privadas, de modo particular as de caráter econômico (CUSHMAN, 1998; GILMAN, 1993).

A concepção formalista do direito fora criticada desde o final do século XIX por juristas que adotavam uma concepção "realista" do direito (nas vertentes da *sociological jurisprudence* e do realismo jurídico). Essa corrente (Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewellyn) procurava demonstrar que os juízes incorporavam seus valores e objetivos políticos em suas decisões, a fim de propor que eles deveriam fazê-lo de forma mais consciente e sistemática. Também considerava que a legislação deveria ter preponderância sobre o *common law,* pois ela era criada para resolver os conflitos próprios à sociedade industrial, sendo informada pelo conhecimento científico da sociedade existente na atualidade, ao contrário do *common law,* cujos precedentes e princípios referiam-se a uma forma de organização social que já não mais existia. A legislação permitia a previsibilidade das ações e sua calculabilidade pelos agentes, além de proporcionar meios para que a administração promovesse os objetivos da coletividade. A teoria realista do direito procurava, pois, aproximar a racionalidade da decisão judicial da decisão política, desfazendo o *gap* entre os fundamentos normativos e os objetivos de políticas, bem como a distância entre os processos mentais com os quais ambas se realizavam.

As teses realistas foram contestadas desde o início nos campos da teoria e sociologia jurídica e da teoria constitucional, tendo sido limitada sua penetração na formação dos juristas e na prática dos tribunais (CLAYTON, 1999, p. 20).

Em ciência política, as teses realistas do direito foram adotadas desde o início do século XX nas pesquisas sobre a Suprema Corte e a Constituição. No ambiente de realismo ou naturalismo filosófico que predominava nas universidades norte-americanas, os cientistas políticos pretendiam produzir pesquisa científica das decisões a partir de questões e métodos próprios, distintos da teoria política, filosofia do direito ou direito constitucional. E assim, nas décadas seguintes, as pesquisas da área trataram as decisões dos juízes em termos de suas preferências, atitudes políticas ou cálculos estratégicos. Mas esse movimento foi acompanhado por uma produção de outro tipo, que incorporava conceitos jurídicos ao estudo dos tribunais, tratando formas organizacionais e trajetórias históricas em conjunto com as relações estratégicas (CLAYTON, 1999, p. 20; SHAPIRO & STONE SWEET, 2002; SMITH, 1988; MCCANN, 1999).

Cornell Clayton ressalta que a adesão ao realismo jurídico é característica tanto do "antigo institucionalismo" (Corwin, Robert Cushman, Charles Grover Haines) como das abordagens comportamentais, que se tornaram dominantes na área a partir da década de 1950. Porém, o "antigo institucionalismo" tomava como central o papel das instituições estatais e das regras jurídicas, combinava a explicação de decisões pelas preferências dos juízes e outros fatores explicativos (contexto político, influências econômicas) e adotava um método histórico interpretativo. Haines definia assim o estudo da decisão judicial: "Uma coisa complexa como uma decisão judicial envolve fatores, pessoais e legais, que nos conduzem às próprias raízes da natureza humana e da conduta humana. Preconceitos políticos, as influências de treinamento limitado e estreito, com princípios antiquados e tradições, ou viés de classe que tem pouca ou nenhuma

relação com os interesses da propriedade ou da riqueza, afetam com maior probabilidade as decisões dos juízes do que os assim chamados 'interesses econômicos'". As decisões tinham essas características não pelo mero fato de os juízes serem atores que procurariam tornar efetivas suas preferências, mas porque o próprio direito era concebido como um "processo de construção de valores políticos e interpretação legal, o qual era sempre influenciado por forças políticas profundas que conformavam as atitudes judiciais nos níveis afetivo e cognitivo" (apud CLAYTON, ibid.).

Para o "antigo institucionalismo" havia uma relação constitutiva entre o direito e a política, o que implicava, então, vincular a análise de doutrinas jurídicas à análise política. Em 1936, Corwin rejeitava a adoção, em ciência política, do modelo positivista das ciências naturais, pois o behaviorismo era incapaz de fornecer explicações sobre os valores humanos e era um desperdício de tempo, dado que não fazia outra coisa que "medir estereótipos plantados na consciência pública (*public mind*) por outras pessoas...". Os métodos "científicos" deveriam ser adotados apenas se pudessem ser usados para "fazer com maior especialização e mais precisamente o que sempre foi feito: crítica e educação relativas aos verdadeiros fins do Estado e o melhor modo com o qual eles podem ser alcançados" (apud CLAYTON, ibid., p. 21).

O "antigo institucionalismo" tinha uma concepção realista das instituições. Elas geravam padrões estruturados de ideias e ação e, assim, estruturavam as atitudes e comportamentos judiciais. Numa dimensão temporal mais ampla, elas próprias passavam por processos de mudança histórica e estavam inseridas em contextos sociais e políticos mais amplos. As decisões eram julgamentos refletidos, que guardavam autonomia parcial em relação a esse conjunto de forças (id., ibid., p. 22).

A abordagem behaviorista, que se impunha também nos outros campos da ciência política, redefiniu a forma de tratamento das decisões judiciais. Em *The Roosevelt Court,* Herman Pritchett (1948) apresentou uma explicação atitudinal da "revolução" da forma de

interpretação da Constituição ocorrida na Suprema Corte norte-americana nos anos de 1930. Seu trabalho foi continuado e refinado por Glendon Schubert e, mais tarde, por Rohde & Spaeth e Segal & Sapeth (1993). O modelo atitudinal também adota a concepção realista de direito, pois considera as categorias jurídicas como nada mais do que um discurso de justificação com o qual os juízes pretendem legitimar suas decisões, visto que, com o discurso jurídico, é possível justificar quase que qualquer decisão que se queira (id., ibid., p. 1, 4). Sua tese central é de que os padrões de votos dos juízes são estáveis ao longo do tempo e que eles correspondem às suas preferências políticas.

Segal & Spaeth (1993) contrapõem a capacidade explicativa de seu modelo à do "modelo legal", o qual só serviria para justificar e não para explicar as decisões (id., ibid.). Porém, o modelo atitudinal enfrenta importantes objeções, como foi apresentado no capítulo anterior. Primeiro, pela circularidade do argumento, pois pretende explicar o comportamento pela atitude e verifica esta pelo comportamento do juiz no passado. Segundo, por não considerar a dimensão estratégica do comportamento dos juízes, que atuam em um espaço em que as alternativas de ação são altamente formalizadas e em que os integrantes podem conhecer antecipadamente as preferências dos outros. Terceiro, por não trabalhar as características próprias das cortes e suas relações com outras instituições (CLAYTON, 1999, MALTZMAN, SPRIGS & WAHLBECK, 1999 SHAPIRO, 1965).

O modelo atitudinal pretende adotar uma abordagem científica rigorosa, purificando seu quadro conceitual de quaisquer categorias do direito ou outras variáveis não controladas. A "atitude científica" de seus adeptos implica também que não pretendem que os resultados de seus trabalhos possam ter utilidade direta para os agentes judiciais ou políticos, embora possam servir para informar a teoria jurídica realista da decisão judicial. No entanto, profissionais e teóricos do direito rejeitam os resultados desse tipo de pesquisas, porque consideram-nos inválidos ou inúteis, visto que as suas explicações não trazem elementos para a reflexão e a prática profissional dos

juristas. Vale dizer que, para esses profissionais, sua prática consiste em analisar as decisões judiciais, refletir sobre seus fundamentos e consequências, e em elaborar argumentos que produzam novos sentidos da lei e dos "fatos" que sejam relevantes para a decisão judicial. Assim, as pesquisas realizadas pelo modelo atitudinal não trazem contribuições válidas para os sujeitos que atuam no campo analisado, e essa falta de sentido prático coloca em questão sua própria utilidade e legitimidade enquanto projeto científico (CLAYTON, ibid., p. 28-29).

Outros trabalhos adotaram uma concepção realista da decisão judicial, analisando a Suprema Corte do ponto de vista de suas interações com o sistema político. Em artigo de 1957, Robert Dahl (1957) toma a Suprema Corte como parte do sistema político e considera que as decisões dos juízes não manifestam tão somente suas preferências individuais mas também estão relacionadas com os interesses de grupos e da coalizão política dominante. A Suprema Corte seria uma instituição política, pois suas decisões são escolhas entre alternativas sobre as quais existe, pelo menos inicialmente, alguma incerteza. Essas escolhas versam sobre temas a respeito dos quais há algum dissenso e produzem consequências que são levadas em consideração pelos ministros, os quais preveem os possíveis resultados e reações de outros agentes. Se for assim, a legitimidade da Corte enquanto instituição judicial repousa sobre uma ficção e ela não pode atuar em bases estritamente legais, dado que tem que considerar as condições de aceitabilidade das suas decisões. Ele pergunta, então, quais são os grupos beneficiados pela Corte e, a partir da análise das nomeações e de suas decisões, conclui que, exceto em períodos limitados de transição, ela é inevitavelmente parte da aliança nacional dominante. Como um dos elementos da liderança política nacional, a Corte apoia as políticas mais importantes daquela aliança, tendo um papel passivo na maior parte do tempo. Quando não há consenso a respeito das políticas a serem adotadas, as tentativas da Corte de resolvê-las conduzem inevitavelmente ao desastre. Assim, a Corte pode fazer política no interior de um campo mais ou menos limitado de opções

que estão abertas pelas políticas apoiadas pela aliança dominante, mas o seu papel principal é o de atribuir legitimidade àquela aliança.

A *political jurisprudence* foi proposta por Martin Shapiro, a partir do início da década de 1960, como um plano de pesquisas inspirado no pluralismo e na *sociological jurisprudence.* Ele considera que o direito está inserido na sociedade e que os juízes produzem as leis, mais do que as aplicam. Assim, ele também adotou a teoria realista do direito, mas, diferentemente da abordagem atitudinal, colocou em dúvida, precisamente, a possibilidade de as pesquisas empíricas sobre decisões judiciais fazerem a economia de conceitos jurídicos. Desta forma, manteve as ideias e doutrinas jurídicas no seu campo de análise e teve como objetivo dialogar com as teorias jurídicas da decisão judicial (SHAPIRO, 1965 [2002]). A jurisprudência política seria uma especialização da *sociological jurisprudence*, beneficiada pelos avanços metodológicos da ciência política empírica. Ela cumpriria seu papel à medida que produzisse informações válidas sobre "as funções sociais dos produtores do direito", que ampliassem a consciência destes em relação à avaliação consciente de seus próprios papéis políticos e do governo em geral (SHAPIRO, 2002, p. 54). Assim, o lado "desmistificador" do discurso jurídico sobre o papel da Suprema Corte seria completado pela atitude auxiliar, cooperadora, da jurisprudência política, para que a instituição possa desempenhar sua ação de forma mais adequada.

Os proponentes do modelo da interação estratégica criticam a abordagem atitudinal por ter uma concepção demasiadamente simplificada das interações, ao longo do processo decisório, entre os juízes de uma mesma corte e destes com outros agentes relevantes (EPSTEIN & KNIGHT, 1998). Consideram necessário tratar as preferências dos juízes de uma forma mais sofisticada, levando em conta as limitações postas pelas regras às suas opções de ação e a antecipação que cada juiz faz, ao formular seus votos, dos votos e reações de outros agentes à sua ação (MALTZMAN, SPRINGS & WALBECK, ibid., p. 46; EPSTEIN & KNIGHT, 1998, p. xiii e 10).

Na década de 1960, Walter Murphy (1964) formulou uma abordagem estratégica da Suprema Corte, que foi desenvolvida mais tarde por Epstein e Knight (1998). Estes autores adotam o modelo do cálculo estratégico, que no âmbito da escolha racional é a vertente chamada institucionalismo. Afirmam que os juízes não seguem estritamente suas preferências porque estão situados num contexto de relações estratégicas, no qual estão muito distanciadas as relações entre o conteúdo do voto do ministro, a decisão coletiva e seus efeitos políticos ou sociais. Eles identificam os padrões de decisão dos ministros em função do resultado final que preveem e não segundo um determinado conteúdo do voto, atribuído pelo pesquisador.

O processo decisório se dá, então, no contexto de uma instituição, entendida como "conjunto de regras que estruturam as interações sociais de determinadas maneiras". Elas podem ser formais ou informais, como normas ou convenções.

Críticas ao positivismo dos estudos sobre a Suprema Corte e o direito público

De acordo com os autores cujos balanços foram tomados como referências para o presente capítulo (CLAYTON, 1999; GILLMAN, 1999 e MCCANN, 1999), as críticas ao positivismo nas pesquisas sobre a Suprema Corte têm duas origens: estudos de ciência política que trataram a instituição de um ponto de vista histórico-interpretativo (Clayton, Gillman, Kahn, Cushman) e trabalhos provenientes de correntes críticas no campo sociojurídico (Brigham, McCann). Esses trabalhos têm em comum a crítica ao modelo positivista de ciência adotado pelos modelos atitudinal e da escolha estratégica, mas suas propostas contêm diferenças. Apresentamos nesta seção as suas críticas e propostas de trabalho.

Críticas à abordagem da Suprema Corte

Os "institucionalistas históricos" objetam ao modelo atitudinal que a questão relevante não é a maneira pela qual as instituições são afetadas pelas características dos juízes, mas como os juízes são afetados pelas características das instituições (GILLMAN, 1999, p. 66). Além disso, não se trata de apenas explicar *como*, mas também *por que* os juízes votam da maneira como fazem, o que só é possível se se consideram os objetivos e motivações dos juízes e não apenas os seus votos. Isso porque a mesma ação tem diferentes sentidos em contextos diferentes e, assim, não se pode pressupor que votos similares em casos similares têm motivos e significados similares, a menos que os casos sejam colocados em espaços históricos e contextuais similares (CLAYTON, 1999, p. 27). Os críticos não tomam a Suprema Corte como um espaço dado, mas como uma instituição que possui certas características específicas e se relaciona com outras instituições, num determinado contexto sociopolítico e com uma dada trajetória histórica (CLAYTON & GILLMAN, 1999, p. 1-2).

Gilmann defende que se delimitem melhor as questões a serem pesquisadas, procurando respondê-las por meio de pesquisas sobre objetos definidos, tratados de forma contextualizada. Ele sugere uma possível divisão do trabalho entre as abordagens: os modelos da escolha racional serviriam para testar de forma sistemática as motivações e considerações dos juízes identificadas pela pesquisa interpretativa. Outra consequência de suas críticas é a redefinição do tema dos efeitos das decisões judiciais, os quais são tratados de forma limitada – em termos de relação causal entre a decisão e as condutas dos indivíduos – pelas abordagens positivistas. Isso decorre da concepção presente nas abordagens de que o direito é um conjunto de comandos dirigidos aos agentes, sejam eles postos pelas regras legais (concepção formal), sejam postas por decisões judiciais (teorias realistas do direito). A abordagem interpretativa também tem desdobramentos para os debates normativos, pois examina as bases (*foundations*) normativas

das práticas institucionais e os efeitos constitutivos dessas bases para as relações políticas e sociais (id., ibid., p. 77-78).

Na parte propositiva de seu artigo, Gillman define uma abordagem da Suprema Corte cujo ponto de partida é a definição de sua missão institucional. Uma abordagem interpretativa deve reconstruir as motivações (*states of mind*) e os contextos culturais ou políticos, a fim de conhecer as razões que levaram pessoas particulares a adotar um curso particular de ação. Reconstroem-se aqueles feixes de ideias e de motivações associadas a instituições particulares. Desse modo, o que se pode reconhecer como uma instituição é sua *missão* – "um propósito identificável ou um objetivo normativo que, num momento histórico particular e num contexto particular, torna-se rotinizado no interior de uma forma corporativa identificável como resultado dos esforços de certos grupos de pessoas".

O esforço volta-se ao estabelecimento de certos atributos organizacionais, posições de liderança, responsabilidades, regras para a tomada de decisão, formas de filiação etc. Uma instituição pode ser identificada pelo fato de que os atores se consideram vinculados ao trabalho coletivo para promover fins específicos ou desempenhar certas funções específicas. Assim, os efeitos institucionais na tomada de decisão são verificados se "os atores institucionais são influenciados em suas atitudes e comportamentos pelas suas relações com a missão institucional e com os atributos organizacionais que foram construídos a serviço daquela missão". Ou seja, a perspectiva proposta pelo autor concentra sua atenção nas estruturas de sentido que estão enraizadas numa forma corporativa particular, para verificar se a ideia da instituição influenciou a autoconcepção daqueles que nela ocupam papéis definidos, a qual lhes dá uma perspectiva institucional distinta. Isso inclui o sentido de dever associado à posição, o qual delimita os cursos de ação aceitáveis do ponto de vista da instituição (id., ibid., p. 78-80).

Definida essa missão distintiva da Corte no sistema político, o autor propõe uma série de passos para explorar suas transformações

ao longo do tempo, em contextos mutáveis. Parte da determinação do sentido original, fundacional, da instituição, verifica se os juízes se conformam a ele em termos da maneira como constroem os casos, como decidem questões substantivas e preservam a coerência e justificação das tradições jurisprudenciais. Estuda as mudanças de agenda da instituição ao longo do tempo e as ações tomadas pelos seus membros para preservar a legitimidade da instituição em contextos de mudança social. A análise expande-se para tratar as relações entre a instituição e outras instituições políticas, assim como as estruturas sociais mais amplas e as mudanças de longo prazo (id., ibid., p. 81-86).

Então, sua abordagem distingue-se daquela adotada pelos modelos atitudinal e estratégico pela atenção nos efeitos dos contextos institucionais sobre as preferências e interesses dos juízes. Ou, noutros termos, a questão-chave a determinar é se os atores são influenciados pela perspectiva institucional, se eles atuam como agentes (*stewards*) de propósitos institucionais discerníveis. Para estudá-la, devem ser adotadas estruturas conceituais capazes de investigar hipóteses alternativas às postas por modelos explicativos simples. No caso dos juízes, sua ação está enraizada por sua inserção institucional, na qual as categorias jurídicas são instrumento de ação, *enjeu* profissional e forma de expressão de seus valores e preferências. O que está em jogo, no fim das contas, é a concepção positivista de ciência natural, que propugna a parcimônia, explicações gerais etc., ao invés de análises compreensivas acerca de processos sociais complexos (id., ibid., p. 82; 86-87).

Cornell Clayton apresenta algumas objeções a essa agenda de pesquisas e propõe uma abordagem histórico-interpretativa que trate a Suprema Corte do ponto de vista do sistema político. Para ele, é preciso que se faça a economia das formulações mais gerais sobre as relações entre direito e cultura, sem perder de vista as questões normativas envolvidas nas atividades da Suprema Corte e nas suas relações com outras instituições e grupos sociais.

O autor propõe retornar a um institucionalismo interpretativo que mantenha uma concepção real das instituições políticas, tomadas como "padrões de propósitos e sentido que são vinculadas ao Estado ou outras formas de poder, autoridade ou recursos políticos". Tal concepção adotaria uma abordagem pluralista, como a de Shapiro, Dahl, Bentley e David Truman, em que o direito e as decisões judiciais são identificados como o produto de interações entre os grupos representados e de suas relações com o poder estatal. As atitudes dos juízes e o padrão das decisões da Suprema Corte seriam explicados por referência às relações de poder relativas no sistema político mais amplo. Porém, as decisões não são tomadas como meras preferências dos juízes, mas também como o resultado de seus julgamentos sobre o sentido do direito e das instituições.

A sua proposta é uma forma de institucionalismo histórico que se distancia dos modelos atitudinal e da escolha racional na medida em que adota métodos histórico-interpretativos e não reduz o direito a sua dimensão instrumental, seja como mera justificação, seja como conjunto de regras que impõem *constraints* externos aos agentes. Mas, diferentemente da proposta avançada por Gillman, relativiza o papel dos ideais normativos na conduta institucional e circunscreve sua análise à Corte como "instituição real", dando mais atenção aos contextos (poder e de recursos) do processo decisório. Ainda, tal como Gillman, considera que as decisões judiciais têm motivos diferenciados e, muitas vezes, múltiplos (id., ibid., p. 38-39).

Por sua vez, autores da história do direito (Kahn e Cushman) aprofundam a pesquisa "interna" à Corte, trabalhando as relações entre mudanças institucionais e pensamento jurídico. Eles põem em questão explicações que adotam exclusivamente variáveis externas à jurisprudência para explicar as mudanças jurisprudenciais na Suprema Corte. Variáveis externas são insuficientes ou incompletas para explicar até mesmo o caso crítico da "revolução interpretativa" da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das leis do *New Deal.* Cushman

mostra que, quando a Suprema Corte tomou as decisões que teriam revolucionado os métodos de interpretação constitucional, as pressões políticas sobre ela já haviam diminuído, dadas as resistências do Congresso em aprovar as reformas da Corte propostas por Roosevelt[3]. O autor procura caracterizar a jurisprudência e os mecanismos de mudança jurisprudencial como um capítulo da história das ideias antes que da história política. Em seus diversos aspectos, a doutrina jurídica faz parte de um conjunto, de uma rede interdependente de pensamento constitucional, a qual constitui uma matriz conceitual para o tratamento das questões pelos juízes. Ele trata, então, de recriar o contexto intelectual das decisões judiciais e da mudança legal. A identificação das estruturas doutrinárias possibilita tratar também a dinâmica do desenvolvimento doutrinário, identificando os conceitos e suas transformações em decisões sucessivas. Desse ponto de vista, ele mostra que a mudança interpretativa sobre a cláusula do *due process of law* e as técnicas de interpretação adotadas na tomada de decisão remontavam a debates do início do século[4] e a decisões da década de 1920. Tais decisões tratavam de matérias de regulação econômica, as quais não tinham o mesmo impacto que as leis do *New Deal*[5].

Críticas à concepção instrumental do direito e às relações entre decisão judicial e práticas sociais

Ao contrário das abordagens apresentadas acima, as que seguem partem de uma concepção cultural do direito e relativizam a relevância de decisões da Suprema Corte em seu papel como última instância na interpretação constitucional. Propugnam, assim, o descentramento da análise em relação à Corte, com uma abordagem *bottom-up* que

[3] A decisão principal é a do caso *West Coast Hotel v. Parish*, de 1937, em que a Suprema Corte apoiou a lei nacional do salário mínimo.

[4] Especialmente o caso *Lochner vs. New York*, de 1905 (ver GILLMAN, 1993).

[5] A decisão crucial foi a do caso *Nebia v. New York*, de 1934, no qual a Corte sustentou a lei estadual que estabelecia preços mínimos para a venda do leite. Para Cushman, essa decisão foi o final de uma longa mudança de orientação jurisprudencial da Suprema Corte, que remontava aos anos de 1920.

associe o direito à construção social da realidade, enfocando seus vínculos com as formas de dominação e a sua não determinação, sua abertura de sentido e as ambivalências de suas normas, conceitos e técnicas. Vêm ao primeiro plano as discussões sobre a mobilização legal, a consciência jurídica e os efeitos das decisões judiciais, considerando-se sua inserção num processo permanente de luta, que envolve recursos, valores, identidades, pela determinação do sentido e alcance social das normas jurídicas.

Os autores que trabalham nessa perspectiva fazem parte do campo de pesquisas sociojurídicas, e suas raízes intelectuais estão em teorias antropológicas (Geertz), sociológicas (Berger & Luckmann; Bourdieu), marxistas (Gramsci, Edward Thompson) e de Foucault. Também mobilizam topicamente teóricos do direito críticos ao realismo jurídico (como Hart, Dworkin e Fiss). Um núcleo relevante dessa perspectiva são os participantes do *Amherst Seminar on Legal Ideology and Legal Process*, que se reuniram na Universidade de Amherst, Massachusetts, a partir de 1982[6]. Eles estiveram na linha de frente de uma importante renovação no movimento *Law & Society* (*L&S*), em resposta às críticas do movimento *Critical Legal Studies* (*CLS*). Lançado em 1977, este movimento foi criado como uma dissidência da *Law & Society Association* e seu objetivo era renovar as bases teóricas para a crítica ao *mainstream* das teorias do direito norte-americano, centrando-se especialmente nos temas da determinação da regra jurídica e dos princípios jurídicos do liberalismo político norte-americano. Apresentava-se como uma radicalização do realismo jurídico, com uma empresa de crítica e "desmistificação" ideológica das concepções jurídicas liberais, cujo papel seria a manutenção das relações de exploração da sociedade capitalista. Seus autores reduziam o direito à política, visando demonstrar o caráter hierárquico e opressivo do liberalismo, pretendendo revelar as contradições do pensamento

[6] Dele participaram John Brigham, Christine Harrington, Lynn Mather, Sally Merry, Brinkley Messick, Ron Pipkin, Adelaide Villmoare, Barabara Yngvesson, Austin Sarat e Susan Silbey (SILBEY & SARAT, 1987: 166).

jurídico, a arbitrariedade das decisões judiciais e os seus efeitos de naturalização das relações sociais existentes e de produção do conformismo dos sujeitos que acreditariam no bem-fundado da ordem social existente.

Por sua vez, os participantes do *Amherst Seminar* reagiram aos *CLS*, procurando reafirmar, ao mesmo tempo, a perspectiva crítica e a orientação empírica de suas pesquisas. Eles renovavam os objetivos do movimento *L&S* ao mesmo tempo que questionavam a concepção reducionista do direito presente nos *CLS*. Embora tenham participado do debate teórico no campo sociojurídico, o seu trabalho preparou o terreno, no campo da ciência política, para se tematizar a atuação dos tribunais e da Suprema Corte em termos diferentes daqueles praticados pelas abordagens atitudinal e estratégica. Assim, eles criticaram o enfoque exclusivo dessas abordagens nos tribunais e nas decisões dos ministros individuais, questionando também as concepções realista ou formal do direito adotadas por elas.

De modo geral, os autores dessa "virada interpretativa e crítica" no movimento *L&S* adotam um ponto de vista cultural a partir do qual tratam do que se convencionou chamar o papel constitutivo do direito para a vida social. O direito não é tomado apenas como um conjunto de regras que constrange, coage, limita as ações dos indivíduos, mas como uma modalidade complexa de estruturação e de ação social, que oferece um *frame* categorial e normativo para a percepção que os sujeitos têm das relações nas quais são inseridos e das formas e possibilidades de ação. O direito cria identidades, capacita, abre espaços e fornece recursos para a ação, dado que está nas raízes da construção do sentido do mundo social[7]. O direito é considerado "um

[7] Note-se, de passagem, que essas concepções estão em sintonia com a teoria do direito. Alan Hunt aponta que o duplo caráter de *constraint* e de capacitação para a ação é um tema presente na obra de Hart, da década de 1950, e que a dimensão constitutiva do direito para o campo político-social havia sido posta por Poulantzas na década de 1970. Apesar de suas diferenças teóricas e os debates intelectuais distintos nos quais os autores se inserem, ambos se opunham a visões instrumentais do direito, que o reduziam a comandos e restrições postas pelo soberano ou pela classe dominante (HUNT, 1993, p. 293 e 301-302).

complexo repertório de estratégias discursivas e estruturas simbólicas que estruturam as interações sociais em curso e as atividades produtoras de sentido entre os cidadãos". O direito é um poderoso recurso cultural para "imaginar o real, e se compõe de convenções que são inerentemente indeterminadas, pluralistas e contingentes em relação às práticas sociais existentes" (MCCANN, 1994, p. 282).

Nele podem se apresentar espaços para a ação, tendo em vista a exploração das possibilidades que estão contidas nas suas ambivalências conceituais e práticas. Essas possibilidades são dependentes do contexto, tanto no sentido das formas de estruturação das relações políticas e sociais e da distribuição dos recursos de saber-poder entre os sujeitos sociais, como das oportunidades para a ação, proporcionadas pelas conjunturas cambiantes. Essa perspectiva tem consequências para a pesquisa das práticas sociais do direito, especialmente sobre sua mobilização pelos movimentos coletivos e a diversidade de sentidos que as normas jurídicas adquirem para pessoas em diferentes posições sociais. A consciência jurídica estrutura os esforços dos cidadãos em dar sentido aos seus cursos de ação, mas não dita cursos particulares, servindo ao mesmo tempo como um recurso e como um constrangimento na atividade prática. Contribui para "as expectativas e compreensões de 'senso comum', através das quais os cidadãos negociam rotineiramente suas relações recíprocas. Além disso, o direito não é um código uniforme que vincula os cidadãos, mas deve ser considerado como um terreno de contínua contestação das relações de poder entre os cidadãos. Mas, ao mesmo tempo, essa contestação não se dá de forma ilimitada, pois as relações, estratégias e a própria percepção das possibilidades são limitadas pelo contexto histórico no qual a ação ocorre. A estruturação das relações de poder permite que alguns grupos sejam favorecidos e outros desfavorecidos neste campo de lutas" (MCCANN, ibid., p. 283-284).

McCann coloca em relevo a dimensão da mobilização, seus efeitos mutáveis ao longo do tempo e os seus limites. Os movimentos coletivos apropriam-se do direito, atribuindo novos sentidos aos conceitos e

regras jurídicos. Se eles obtêm decisões judiciais favoráveis, aumenta sua capacidade de convencer outros interessados, ganham apoios externos e reconhecimento público. Ao longo do tempo, esses efeitos sofrem modificações e mesmo que vitórias judiciais não tragam mudanças nas relações sociais de poder, elas podem ajudar a redefinir as relações de poder e as lutas entre grupos sociais. Porém, os novos efeitos sofrem as restrições postas pelo contexto, que limita as formas de ação, impõe efeitos sistêmicos sobre a consciência, as oportunidades e as ações dos indivíduos, e permite reações concertadas dos setores cujos interesses foram atingidos pelo movimento Com isso, tornam-se manifestos os efeitos da estruturação do contexto social para o sentido do direito (id., ibid., p. 284-285).

Assim, se as abordagens inspiradas no realismo jurídico estão corretas ao enfatizar que os direitos são construções sociais cujo conteúdo substantivo é instável, indeterminado e contingente ao longo do tempo, não é possível concluir que os direitos são uma retórica sem sentido, mera máscara para as relações sociais de poder. Os direitos são "investidos de sentido pelas práticas culturais, pelos atos repetidos de cidadãos que usam aquelas convenções para negociar suas relações materiais recíprocas". Ou seja, o fato de que as convenções jurídicas são desprovidas de fundação transcendente não deve levar à conclusão de que sua autoridade constitutiva não está situada num "conhecimento público enraizado numa história vivida de engajamentos sociais". Isso tem implicações para a própria maneira pela qual os grupos dominantes exercem o poder e estruturam as relações entre eles e com as classes dominadas. A flexibilidade e indeterminação, instabilidade e relativa autonomia das normas jurídicas permitem lutas pelo reforço da tradição dos direitos, e sua abstração e impessoalidade estão abertas à variação dos significados a eles atribuídos no interior dos contextos sociais (id.; ibid.).

Em relação à Suprema Corte, esse tipo de abordagem insiste na necessidade de tratá-la não como uma instituição política – ou como o templo de mármore que simboliza o direito no Capitólio – mas

do ponto de vista do seu sentido para as práticas sociais. Para John Brigham (1999), a identificação da Suprema Corte como uma instituição política é um obstáculo, porque se tende a vê-la do ponto de vista do realismo jurídico ou da *political jurisprudence*, os quais são interpretações historicamente construídas que identificam o direito à política. Perde-se, assim, de vista a questão: o que faz autoridade da Corte, quais são suas bases para além dos indivíduos e interesses que a habitam? Ele considera que uma investigação institucional deve abandonar os temas tratados pela ciência política e a teoria do direito, que enfocam os conflitos e desacordos a respeito das relações entre normas, valores e interesses nos processos judiciais e decisões judiciais, para concentrar-se no estudo as práticas sociais (BRIGHAM, ibid., p. 16-17)[8].

O autor se interessa menos pelo que poucas pessoas conhecem e mais pelo que a maioria das pessoas toma como dado, uma vez que expectativas que aprendemos também estabelecem limites para a ação. Com isso, dá menos atenção aos casos julgados e às decisões individuais ou os resultados, para concentrar-se na tradição a partir da qual os casos são julgados e no direito que a instituição enuncia (id., ibid., p. 18).

A Corte é abordada, então, como uma instituição social, que é tomada como dada pelos agentes. As instituições são modos de fazer as coisas, são aquilo que proporciona o pano de fundo para o direito. Como fenômenos sociais, elas têm um conjunto de significações e uma variedade de usos. Para pesquisá-las é preciso ultrapassar as noções do senso comum, que se baseiam nas evidências concretas, assim como as abordagens científicas que se apegam a questões abstratas, como os padrões de votos dos juízes. Ele propõe considerar as "percepções compartilhadas que nos falam o que essas coisas significam no contexto mais amplo da política e da sociedade [norte-] americana". Propõe que se olhe para o conhecimento ordinário, o próximo, o familiar, o

[8] A exposição que segue baseia-se no artigo de 1999, o qual retoma resumidamente o argumento do livro *The Cult of the Court,* publicado em 1987.

cotidiano, o comum, pois as instituições existem "quando há acordo, expresso ou tácito, de que elas existem», visto que "as instituições compartilham a capacidade de ordenar a vida social porque as pessoas agem como se elas existissem, como se fossem relevantes elas podem ser isoladas da experiência humana e ser examinadas com referência à autoridade na vida social para a qual contribuem". A partir daí tem-se uma estrutura conceitual para estudar as instituições jurídicas como constitutivas (id., ibid., p. 20).

A base para os estudos institucionais devem ser as práticas, que ele define como "percepções comuns ou compreensões convencionais..." Ele salienta o papel mediador das práticas, visto que elas captam a significação cultural de representações sem, no entanto, perder contato com as relações sociais que sustentam a cultura. As práticas "são os meios de fazer coisas que constroem instituições", as quais são os sentidos dados às ações. As práticas podem ser compreendidas em termos de lugares, ou localizações, e de *performance*. Elas são diferentes das ações, pois se estas as atualizam, são aquelas que lhes conferem sentido. Assim, o foco da análise são os comportamentos, tal qual o fazem os behavioristas, porém, diferentemente destes, que investigam abstrações como as atitudes, o que se busca é identificar os «parâmetros atuais nos quais as ações ocorrem, as dimensões ‹intersubjetivas› do ambiente jurídico a partir das quais essas ações adquirem sentido" (id., ibid., p. 21-22).

Ele distingue três tipos de práticas segundo suas relações com a instituição: há as estratégias e máximas adotadas por aqueles que operam no interior da instituição e é nessa categoria que entram as ações e os cálculos dos agentes; as convenções, que são as maneiras de fazer as coisas, ou seja, as regras formais e informais que prevalecem na instituição; elas constituem o terreno sobre o qual se desenrolam as estratégias políticas. Finalmente, as práticas constitutivas da instituição, as práticas institucionais, que são aquelas com que se define o sentido da própria instituição, seu conteúdo, seu alcance, suas fronteiras com outras áreas, os mitos que a ela estão associados (id., ibid., p. 23-24).

Como meios de ação socialmente construídos, as práticas existem porque os atores as levam em conta. As instituições, como corpos de práticas, significam que existem comunidades que as compreendem e atuam de acordo com elas. No caso das cortes, é a comunidade profissional dos juristas. O estudo especificamente sociológico das instituições provém da identificação das maneiras pelas quais elas operam e as relações sociais que as sustentam e lhes dão sua significação. A noção de comunidade assenta-se na realidade da vida profissional (id., ibid., p. 25).

O autor tira algumas consequências para a pesquisa sobre a Corte, deslocando temáticas convencionais como a interpretação, o predomínio da Constituição ou os interesses dos juízes, as relações entre justiça e violência etc. Para ele, o que importa é abordar as práticas como formadoras da autoridade da Corte e identificar a forma pela qual essa autoridade é estruturada e os grupos de poder que com ela se articulam. Com isso, ele desdenha as discussões em teoria do direito sobre interpretação e o sentido da Constituição, vendo-os como parte da própria construção da autoridade da Corte pela comunidade interpretativa dos juristas[9].

Rumo a uma síntese entre as abordagens constitutiva e estratégica?

Num artigo notável, *How the Supreme Court Matters in American Politics?,* Michael McCann (1999) apresenta um panorama de trabalhos que trataram a Suprema Corte do ponto de vista das dimensões da interação estratégica e do poder constitutivo do direito. No que diz respeito aos trabalhos sobre as interações estratégicas, ele distingue

[9] O autor amplia esse descentramento em livro posterior, *The Constitution of Interests - Beyond the Politics of Rights* (1996), no qual ele realiza uma série de estudos sobre as concepções de direitos presentes em grupos e movimentos sociais, os diversos sentidos que recebem e as variações. Ele explora o paradoxo de que as teses críticas sobre a inefetividade social do direito são afirmadas por juristas, justamente aqueles que se dedicam ao direito como atividade profissional; por sua vez, os sujeitos têm uma clara compreensão da presença e relevância das práticas cotidianas do direito, atuando para mobilizar suas significações e instrumentos ou para deles se esquivarem.

duas abordagens, ambas institucionalistas: as que adotaram estruturas conceituais interpretativas e as que usaram a teoria dos jogos. Elas têm em comum a questão de como as deliberações e ações de vários agentes sociais são conformadas pelas suas compreensões a respeito das normas estabelecidas e articuladas pelas cortes, assim como as expectativas da provável ação das cortes a respeito do direito em áreas não estabelecidas. Essas interações são estratégicas na medida em que "são deliberações conscientemente orientadas para a efetividade 'instrumental' tendo em vista a realização de objetivos particulares" (MCCANN, ibid., p. 65).

Tais abordagens diferem das abordagens atitudinais porque estas tendem a ver as regras judicialmente construídas em termos estreitos, como comandos relativamente discretos e determinados. As abordagens que tratam a interação estratégica com uma metodologia interpretativa dos fenômenos consideram os resultados das decisões como mais variáveis e suas regras como dotadas de uma textura mais aberta, pois as decisões são mais bem entendidas como sinais complexos do que como controles operatórios estritos. Assim, as construções judiciais do direito são consideradas como "inerentemente indeterminadas e sujeitas a múltiplas interpretações por atores diferentemente situados" e a influência das decisões judiciais não se coloca em termos de 'causalidade' mecânica, de o poder de um agente (judicial) determinar a conduta do outro (o destinatário) (id., ibid., p. 66; ver DAHL, 1957)[10].

McCann afirma que, ao se considerar um impacto linear e direto das decisões sobre os comportamentos, deixa-se de fora muitas das complexas e sutis maneiras pelas quais as cortes são socialmente relevantes. A questão é da ordem da influência, para além da capacidade de obter a conformidade dos comportamentos. "No fim das contas, as decisões judiciais não ditam simplesmente tipos particulares de

---

[10] Essa diferença é bastante importante para estudos sobre o impacto das decisões judiciais e a mobilização legal. Ver, a esse respeito, os livros e o debate entre Rosenberg (1991; 1996) e McCann (1994; 1996).

comportamento; elas, antes, identificam potenciais oportunidades e custos, recursos e constrangimentos, os quais se tornam dotados de sentido apenas nas diversas respostas estratégicas de atores públicos e privados diferentemente situados na sociedade, e muitas das quais não são esperadas ou antecipadas pelas autoridades judiciais... Como tal, o poder judiciário é entendido em termos relacionais e intersubjetivos, e inclui dimensões simbólicas e comunicativas, além da material". Essa abordagem substitui a ênfase positivista na determinação de comportamentos por forças sociais discretas pela "atenção aos processos dinâmicos de interação dialética contínua e de resultados contingentes entre sujeitos humanos razoáveis e atores institucionais" (MCCANN, ibid., p. 67).

Tal abordagem presume, então, que as cortes não resolvem os conflitos relativos ao sentido das leis através de comandos claros, apenas. Elas fazem mais, pois elas rotineiramente "dissuadem, convidam, estruturam, deslocam e transformam" as disputas na sociedade. A influência de suas decisões é multiforme e variada e está disseminada na sociedade, para além do campo profissional estrito dos juristas. Embora essa influência seja mais visível nas cortes de julgamento de 1ª instância (*trial courts*), ela é também uma característica da Suprema Corte. É vista em campos nos quais a Suprema Corte ajudou a conformar no país: os termos da luta sindical e das negociações coletivas, as reformas sociais e a regulação da economia, assim como questões de direitos e liberdades civis (id., ibid., p. 68-69).

A partir desse quadro conceitual, McCann apresenta uma revisão bibliográfica e exemplos sobre cinco formas gerais pelas quais a Corte conforma os termos da interação estratégica entre atores políticos na sociedade. Essas formas são: o deslocamento do conflito político pelas decisões judiciais; a catalisação de agendas, oportunidades e recursos nas disputas jurídicas; a sustentação estratégica a alguns grupos que recebem decisões favoráveis, modificando seu peso nas relações de poder; a limitação das opções de ação; e o estímulo à contramobilização por parte dos atingidos pela mobilização legal e

decisões favoráveis, os quais buscam desfazer ou circunscrever os efeitos dessas decisões (id., ibid.).

Assim, o autor segue os passos de Brigham na medida em que desloca a própria questão da interação estratégica das relações entre juízes no espaço institucional interno da Suprema Corte para as relações entre agentes institucionais e cidadãos, bem como as variadas formas com que uns e outros se apropriam, definem e mobilizam o sentido das decisões judiciais. Embora as divergências entre juízes sejam relevantes e impliquem a utilização de procedimentos para as análises internas da dinâmica institucional, é esse quadro mais amplo que dá sentido às indagações do autor.

Na segunda parte do artigo, ele retoma sua análise do papel constitutivo do direito, já referida. Ele afirma que esta é uma perspectiva que tem sido tratada por várias tradições nas ciências sociais, mas a atenção no poder constitutivo das cortes tem sido limitada aos autores de estudos sociojurídicos (id., ibid., p. 78).

Em relação às cortes, ele as considera "agentes institucionais integrais do poder constitutivo da lei no que elas produzem, reproduzem e transformam convenções e conhecimentos jurídicos fundamentais". As convenções legais são, ao mesmo tempo, produtoras do que fazem as cortes e também uns dos mais significativos "produtos" das cortes para a sociedade. Assim, ao atribuir o sentido jurídico oficial das normas, as cortes contribuem para a construção de compreensões culturais comuns sobre como a sociedade é organizada. Noutros termos, as construções judiciais das normas práticas filtram, limitam, constrangem as ações, participando da construção da experiência social (id., ibid., p. 80-81).

Como instituição estatal, a Corte trabalha, em suas práticas, para alcançar legitimidade às suas construções jurídicas e práticas autorizadas. Esse processo de legitimação compreende vários elementos, como a argumentação jurídica, os rituais, as cerimônias e as profissões jurídicas que as circundam (id., ibid., p. 82).

O poder constitutivo da Corte não resulta de decisões particulares (práticas estratégicas), mas situa-se "no legado cultural acumulado de ações judiciais e práticas rotineiras ao longo do tempo" (práticas convencionais). As convenções jurídicas são, por sua vez, "aprendidas, internalizadas e *normalizadas* pelos cidadãos" através das "mais variadas formas de participação cultural..." (práticas institucionais). Os termos entre parênteses indicam seus vínculos com o trabalho de Brigham, mas ele vai além ao ressaltar que esse papel constitutivo é inextricavelmente articulado com sua influência na ação estratégica. Ele cita Tocqueville e Scheingold, ao afirmar que "...a capacidade do direito de facilitar a interação estratégica está diretamente relacionada com sua capacidade constitutiva mais profunda de construir uma cultura intersubjetiva compartilhada de símbolos, mitos e convenções produtoras de sentidos comuns" (id., ibid., p. 82-83).

No final do artigo, ele discute a possibilidade do desenvolvimento de um diálogo construtivo entre os dois tipos de análise. Nas limitadas tentativas feitas até então, argumentou-se principalmente no sentido de ressaltar os méritos relativos de duas epistemologias e metodologias rivais e concorrentes. Porém, um diálogo construtivo seria possível, dadas as conexões inerentes entre esses aspectos do poder do direito na prática social. O movimento institucionalista poderia propiciar tal aproximação, visto que as duas abordagens identificam-se com ele e, assim, ele poderia representar uma oportunidade para se desenvolverem estruturas conceituais mais abrangentes, que tratem as duas abordagens como duas dimensões. Uma possibilidade que se desenha é a de abordagens que combinem a escolha racional e outras abordagens atitudinais com abordagens histórico-interpretativas sobre as cortes. Assim, a alternativa seria centrar a atenção na interação estratégica dentro de uma estrutura conceitual interpretativa consistente, que enfatize o poder constitutivo do direito. Essa via estaria aberta, apesar dos limitados esforços feitos para efetivá-la (id., ibid., p. 91-92). Em nota, ele critica as abordagens interpretativas pelo seu limitado interesse em teorizar os níveis micro ou aspectos instrumentais da interação

jurídica, considerando, ao invés, apenas as dimensões constitutivas mais amplas. Essas abordagens dirigem suas análises primeiramente às ações dos juízes e não aos efeitos de suas práticas sobre interações e processos políticos em geral. Correm o risco de apenas reforçar a antiga obsessão com o estudo das doutrinas das cortes de apelação em contextos históricos determinados (id., ibid., p. 96-97, nota 34).

Vemos que McCann avança no sentido de propor uma articulação teoricamente fundamentada entre as dimensões constitutiva e estratégica, situando esta última no quadro teórico mais amplo estabelecido por aquela. Ao tratar a dimensão estratégica, ele efetua um importante deslocamento em relação aos termos pelos quais as teorias da escolha racional colocam a questão. Não se trata mais, ou tão somente, de modelizar as interações entre agentes racionais em contextos institucionais dados, mas de pensar suas interações em termos mais amplos, que incluem a constituição sócio-histórica, as interações políticas, a mobilização do direito etc. A dimensão estratégica adquire um novo significado na medida em que, além de continuar vinculada a atores específicos, pode ser tematizada em função de forças e interesses mais amplos, tais como os partidos, os grupos sociais ou as frações de classes sociais. Por sua vez, ao tratar a dimensão constitutiva do direito para a ordem social, ele avança ao especificar as formas pelas quais essa dimensão opera em situações específicas de mobilização do direito e também ao propor a integração entre as dimensões constitutiva e estratégica num quadro conceitual mais geral.

Em relação ao estudo da Suprema Corte, ele desloca a atenção focada nos casos e nos votos dos juízes individuais para tratar de seus aspectos mais gerais. Embora ele não tenha desenvolvido seu trabalho neste sentido, sua abordagem é compatível com as adotadas por Gillman (1993) e Cushman (1998), visto que esses autores concentram sua atenção nas estruturas categoriais do direito que estão em jogo nas decisões da Suprema Corte, mas não abordam a instituição de uma forma isolada, desvinculada de suas relações com outros agentes

políticos e sociais. Esses autores enfocam decisões judiciais que configuram verdadeiros divisores de águas, pelas mudanças (*West Coast Hotel* vs. *Parrish*, 1937) ou continuidades (o caso *Lochner*, 1905) que produziram, e analisam o problema do ponto de vista da estrutura conceitual jurídica. Mas, ao mesmo tempo, tratam os sujeitos envolvidos, seus interesses imediatos e de prazo mais longo, a dinâmica de suas interações, as expectativas e reações dos agentes políticos, os engajamentos - políticos e doutrinários - dos juízes, as pressões dos profissionais do direito etc. Essa estratégia integra, com o enfoque num tema crítico e a pesquisa em diferentes planos de realidade, a dimensão das interações estratégicas e com a do papel constitutivo do direito. Ela não corre o risco de se tornar mais um comentário *savant* sobre os votos dos juízes, suas interações e decisões, avaliando-as de um ponto de vista normativo (Kahn). Também não necessita reduzir o escopo de análise, com efeitos sobre o conteúdo da pesquisa, unicamente em função do objetivo de estabelecer hipóteses e demonstrações claras e verificáveis sobre relações causais (Clayton).

Todas as abordagens aqui apresentadas (inclusive o modelo da interação estratégica, v. EPSTEIN & KNIGHT, 1998, p. 182 ss.) pretendem trazer contribuições normativas. Este é o caso, por exemplo, da *political jurisprudence*, proposta por Shapiro, que pretende disponibilizar informações adicionais à atividade dos tribunais. Rogers Smith (1988), em seu conhecido balanço bibliográfico sobre o tema, propõe uma agenda de pesquisas para o neoinstitucionalismo, na qual está presente o tratamento conjugado das dimensões normativa e empírica e a defesa de propósitos práticos para a pesquisa. Para ele, as pesquisas deverão contribuir para a tomada de decisão dos tribunais. No entanto, com exceção das abordagens interpretativas, uma boa parte desses trabalhos tem um diálogo demasiado restrito com as elaborações conceituais, debates acadêmicos e resultados de pesquisas tanto na teoria do direito como nos estudos sociojurídicos. Em sua maioria, tomam, de forma mais ou menos elaborada, conceitos do realismo

(*political jurisprudence*, modelo atitudinal) ou do formalismo jurídico (modelo da interação estratégica).

Assim, esses trabalhos mostram a necessidade de redefinir a maneira pela qual o direito é incorporado à pesquisa empírica[11]. As abordagens interpretativas apontam algumas pistas para a pesquisa, que levam ao debate entre teorias formalistas e realistas do direito (*sociological jurisprudence*), as críticas do novo formalismo dos anos de 1950 e os debates entre os movimentos *Law & Society*, *Critical Legal Studies* e as teorias constitutivas do direito. Um campo imenso, no qual o trabalho será limitado pelos objetivos a que se fez referência no início deste capítulo, a definição teórica e metodológica da pesquisa dos termos e dos limites pelos quais a decisão judicial tem sido pensada e praticada em nosso país, muito particularmente decisões de controle da constitucionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Pós-escrito: proposições para a análise política do pensamento jurídico

A "análise política do pensamento jurídico" propõe-se adotar uma perspectiva histórico-crítica sobre as teorias e conceitos jurídicos, considerados em seu contexto intelectual e político, assim como em suas específicas condições sociais e estruturais. Essa pesquisa combina a análise de formas e dinâmicas estruturais, a análise institucional dos tribunais e das interações estratégicas entre os agentes judiciais. Adotam-se temas e procedimentos de pesquisa de história do pensamento político, história do direito e de ciência política positiva sobre os tribunais.

Assumem-se como premissas teorias formuladas pela bibliografia de ciência política e sociologia jurídica sobre a análise dos tribunais, das decisões judiciais e o pensamento jurídico. A pesquisa sobre teorias e conceitos jurídicos não é contraposta e nem complementar

[11] Os capítulos 6 e 7 combinam as abordagens normativa e estratégia em suas análises críticas das decisões da Suprema Corte.

à análise política de decisões judiciais, com o fito de explicar o padrão de atuação dos tribunais, mas um momento da pesquisa mais ampla sobre o pensamento jurídico. Essas premissas são apresentadas a seguir na forma resumida de proposições para a pesquisa[12].

1. Não é viável realizar a análise política de decisões judiciais fazendo a economia de conceitos jurídicos. As decisões judiciais ocorrem num ambiente institucional extremamente formalizado, em que os agentes, os instrumentos, as oportunidades de ação e mesmo os objetivos válidos a serem alcançados são determinados por princípios, regras e conceitos jurídicos. Além disso, os padrões de decisão judicial são informados por valores, identidades, sentimentos e outros fatores não racionalizáveis. A análise estratégica em função dos interesses dos agentes (EPSTEIN & KINGHT, 1998; MALTZMAN, F., J. SPRIGGS II., et al., 1999; WHITTINGTON, K. E., 2007), ou a análise sociológica que vise estabelecer o papel socioestrutural dos tribunais (SANTOS, B. d. S., 1982, 1995, 1996), são perfeitamente possíveis e válidas, mas a sua realização é mediada necessariamente por elementos, ou dimensões, do direito (GILLMAN, 1993, 1999; SHAPIRO, M., 2002 [1965]; SMITH, 1988).

2. A resolução de litígios diz respeito a apenas uma dimensão da decisão judicial e é apenas um dos papéis atribuídos ao judiciário e aos juízes nas democracias constitucionais contemporâneas. A contraposição entre os modelos da decisão judicial própria às cortes em que a decisão se dá numa relação triádica e a decisão política própria ao legislador, que se dá numa relação diádica (duas partes), que negociam um resultado em função de sua relação de forças, é uma estilização analiticamente útil, mas limitada. A decisão judicial, mais que resolver o conflito, é parte do processo de produção normativa, visto que ela é um momento da determinação do significado das normas e de afirmação da autoridade política[13]. Shapiro (1981), por exemplo, considera

---

[12] O capítulo 4 elabora essas proposições para a análise do pensamento norte-americano.

[13] Por exemplo, já no século XIX, o conservadorismo político distinguia os juízes dos funcionários, afirmando que os juízes não só aplicam mas interpretam as normas, integrando-as à ordem normativa, enquanto os funcionários apenas a aplicariam (LABAND, 1900, v. 2: 505).

quase consensual o reconhecimento do papel dos juízes na produção normativa, que é, para ele, intrinsecamente relacionada a outras duas funções: a resolução de conflitos e o controle social. O papel dos juízes não é de agentes da vontade do legislador ou de objetivos coletivos; eles realizam um processo institucionalizado de determinação do sentido das normas, em que estão presentes a tradição jurídica, relações estratégicas internas e interações com os demais agentes políticos[14].

3. A definição de juízes como solucionadores de litígios numa estrutura triádica não esgota as atribuições exercidas pelo Poder Judiciário nem o investimento político na função judicial. A doutrina geralmente diferencia a função judicial "típica" ou própria do Poder Judiciário, a resolução de litígios em conflitos entre sujeitos privados ou equiparados a tais, e o julgamento de processos penais. Conforme mudou a organização constitucional do Estado, outras atribuições passaram a ser próprias. Mas permanecem funções impróprias, seja porque exercidas fora do Judiciário, pelo chefe de Estado ou o Parlamento (poder de graça, justiça política, defesa do Estado), ou a administração (justiça administrativa em sentido amplo, abrangendo órgãos com funções parajudiciais em domínios de tributação e direitos previdenciários, por exemplo), seja porque exercidas pelo Judiciário, como, no Brasil, a justiça eleitoral e os poderes normativos do Judiciário trabalhista. A função judicial pode ser instituída de diferentes maneiras, combinando os princípios da autoridade governamental, da representação política e do estado de direito. A delegação a juízes, ou a entes organizados sob a forma de tribunais, de uma parcela ou de (quase) todas as dimensões da função judicial é apenas uma possibilidade extrema, pois o mais comum é que a função judicial seja distribuída segundo autoridades

Esse papel é corrente, com variações, em teóricos do direito de perspectivas distintas, embora seja colocada em questão por teorias formalistas mais recentes.

[14] Porém, como se viu acima, as análises de política comparada sobre o Judiciário brasileiro têm abordado de forma unilateral a dimensão da resolução dos conflitos e usam concepções pouco elaboradas sobre as práticas judiciais em nossos países, apontando a tradição jurídica como formalista e o sistema de direito de *civil law*, os quais são tomados como pressupostos para apontar decisões reveladoras de ativismo ou da judicialização.

diferentes e que a exercem segundo lógicas distintas da resolução dos litígios segundo regras dadas. Assim, as atribuições judiciais típicas são variáveis, e a caracterização das instituição política da função judicial no Brasil, e de suas transformações no quadro das mudanças políticas do país, é um problema de pesquisa.

4. Não se pode estabelecer relação geral e unívoca entre tipos de teoria jurídica (positivismo legalista, científico, normativismo, instrumentalismo, realismo sociológico etc.), técnicas de interpretação judicial (gramatical, sistemática, teleológica ou modelos como o formalismo conceitual, originalismo) e orientações dos juízes (deferência ou ativismo), com modelos institucionais, ou interesses de governos, partidos ou grupos políticos, ou de classes sociais. Embora se possam reconhecer certas "afinidades eletivas", as relações entre as dimensões jurídica e política da prática judicial são historicamente construídas e sua determinação deve dar-se em análises concretas que identifiquem as características da prática judicial e do pensamento jurídico, associando-as à estrutura e ao contexto político (FRIEDMAN, 2002; ROOSEVELT JR., 2006).

5. As relações entre decisões judiciais, normas jurídicas e sociedade não se definem em termos instrumentais[15]. O direito é da ordem da construção do mundo social, as normas jurídicas fazem parte da ordenação das relações sociais e das concepções do que os sujeitos

[15] É importante ressaltar os desenvolvimentos conceituais que ocorreram a partir do realismo jurídico e teorias críticas do direito. Se o realismo jurídico, considerando a indeterminação da solução concreta, partia de regras gerais para afirmar o instrumentalismo, ou seja, a capacidade de o juiz escolher as decisões em função do resultado desejado, as teorias críticas expandiram essa constatação, argumentando sobre o caráter contraditório e aberto das próprias regras gerais, que seria consequência das próprias contradições das instituições políticas de sociedades capitalistas e liberais. A concepção instrumentalista foi incorporada na ciência política, mas tem sido criticada por pesquisas em filosofia do direito, sociologia e ciência política, como nos trabalhos da corrente do *Amherst Seminar* (John Brigham, Christine Harrington), que, a partir de teorias marxistas (Alan Hunt, Edward Thompson) e antropológicas (Geertz), acentuam o caráter constitutivo do direito para as relações sociais. Dessa redefinição têm resultado pesquisas cujo objetivo não é apontar o caráter contraditório, enviesado e socialmente determinado do direito, mas reconstruir a sua produção sociopolítica, considerando-o como parte de um processo ampliado de (re)produção social, analisar suas transformações contemporâneas, explorar suas ambivalências políticas, as oportunidades para a mobilização pelos sujeitos.

consideram correto, justo, no quadro de uma formação social (GOMEZ, J. M., 1984; GORDON, R. W., 1998; HUNT, 1993). Assim, não são apenas racionalizações à livre disposição dos sujeitos que lhes permitem atingir certos fins que lhes são externos, mas lhes são dadas pela estruturação social de que eles participam, entre as quais as instituições políticas e judiciais (COOMBE, E., 1989; HARRINGTON, C. and B. YNGVESSON, 1990; MERTZ, E.,1994; ZEHMANS, F., 1983). Se a indeterminação que resulta da generalidade das regras jurídicas implica que os juízes têm margem para escolher os resultados em suas decisões, a escolha não é indeterminada, pois ela se dá num conjunto estruturado de regras, relações e expectativas de ação. Toma-se nessa pesquisa o conceito de pensamento, ou tradição jurídica, para se referir às elaborações conceituais produzidas pela doutrina e a jurisprudência, que traduzem e recriam, sob a forma de elementos jurídicos (princípios, regras, conceitos, institutos...), a estruturação social do direito.

6. Enfim, é possível verificar que a instituição do Judiciário nas Constituições republicanas brasileiras tem características que o diferenciam dos "modelos", empíricos ou analíticos, que têm sido adotados como parâmetros para a sua análise. O pensamento constitucional, na doutrina e jurisprudência, elaborou-se enquanto tradição que coloca conceitos, teorias e técnicas sobre institutos jurídicos de forma distinta das doutrinas que lhes serviram de inspiração e os sistemas jurídicos adotados para comparação (*civil law* e *common law*). Dado que há especificidades no Poder Judiciário e na tradição jurídica brasileiros, adota-se um ponto de vista mais geral para a pesquisa, ou seja, a maneira pela qual a função judicial é investida na ordem política.

Referências bibliográficas

BRIGHAM, John. (1987), *The Cult of the Court*. Philadelphia, Temple UP.

____. (1996) *The Constitution of Interests - Beyond the Politics of Rigths*. New York, New York University Press.

____. (1999) "The Constitution of the Supreme Court", in Gillman, Howard and Clayton, Cornell (eds.), *The Supreme Court In American Politics: New Institutionalist Interpretations,* Lawrence, University of Kansas Press, p. 15-27.

CLAYTON, Cornell. (1999), "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms", in ____ & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches,* Chicago, Chicago UP, p. 15-42.

___ & GILLMAN, Howard. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago, Chicago UP.

CUSHMAN, Barry. (1998), *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution.* Oxford, Oxford U.P.

COOMBE, Elizabeth (1989). "Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies." *Law and Social Inquiry*; p. 69-121.

DAHL, Robert. (1957), "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a national Policy Maker". *Journal of Public Law*, vol. 6: p. 279-295.

EPSTEIN, Lee & KNIGHT, Jack. (1998), *The Choices Justices Make*. Washington, D.C., Congressional Quarterly Press.

FRIEDMAN, Barry (2002). "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Contermajoritarian Dificulty." *Yale Law Journal* 112, no. 2: 153-259.

GATES, John. (1992), *The Supreme Court and Partisan Realignement - A Macro and Microlevel Perspective*. Boulder, Westview Press.

GEERTZ, Clifford (1983). *Local Knowledge.* (s.l.): Basic Books.

GILLMAN, Howard & CLAYTON, Cornell (eds.). (1999), *The Supreme Court In American Politics: New Institutionalist Interpretations.* Lawrence - Kansas, University of Kansas Press.

____. (1999), “The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretative Institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making”, in Clayton, Cornell e & ____, *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches,* Chicago, Chicago UP, p. 65-90.

____. (1993), *The Constitution Besieged: the Rise and demise of Löchner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, Duke U.P.

GOMEZ, José Maria (1984). “Surpresas De Uma Crítica a Propósito De Juristas - Repensando as Relações Entre O Direito E O Estado.” In *Crítica Do Direito E Do Estado*, edited by Carlos A. Plastino, 103-12. Rio de Janeiro: Graal.

GORDON, Robert W (1998). “Some Critical Theories of Law and Their Critics.” In *The Politics of Law - a Progressive Critique*, edited by David Kairys, 591-616. Philadelphia: Basic Books.

HARRINGTON, Christine & YNGVESSON, Barbara. (1990), “Interpretive Sociolegal Research”, *Law and Social Inquiry*, n° 15: 135-53.

HOLMES, Oliver W. (1897), “The Path of Law”, *Harvard Law Review,* X, 8: 457-478.

HUNT, Alan. (1993), *Explorations in Law and Society - Towards a Constitutive Theory of Law.* Londres: Routledge.

KAHN, Ronald. (1994), *The Supreme Court & Constitutional Theory, 1953-1993.* Lawrence, University of Kansas Press.

KOERNER, Andrei. (2005), “Direito e Modernização Periférica - Por uma análise sócio-política do pensamento jurídico constitucional brasileiro pós-1988”. *Comunicação apresentada ao XXIX Encontro Anual da ANPOCS, no Grupo “Dilemas da modernização periférica”*, Caxambu (MG), outubro de 2005.

LABAND, Paul. *Le Droit Public De L´Empire Allemand* (1900-1904. Paris: V. Giard & E Briere, 6 vols.MALTZMAN, Forrest; SPRIGS, James F. & WAHLBECK, Paul. (1999), “Strategy and Judicial Choice: New

Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making", in Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches,* Chicago, Chicago UP, p. 43-64.

MCCANN, Michael. (1999), "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutionalist Perspectives", in Gillman, Howard & Clayton, Cornell, *The Supreme Court in American Politics - New Institutionalist Interpretations*. Lawrence: University Press of Kansas, p. 63-97.

____. (1996), "Causal versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...), *Law and Social Inquiry*, n° 21: 457-82.

____. (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization (Chicago Series in Law and Society).* Chicago, Chicago UP, 1994.

MERTZ, Elizabeth. (1994) "A New Social Constructionism for Sociolegal Studies", *Law and Society Review,* n° 28: 1243 ss.

MURPHY, Walter. (1964), *Elements of Judicial Strategy*. Chicago, University of Chicago Press.

PRITCHETT, Herman. (1948), *The Roosevelt Court.* New York, Macmillan.

RICHARDS, Mark & KRITZER, Herbert. (2002),"Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making", *American Political Science Review*, 96, 2: 305-320

RODRIGUES, Leda B. (1958), *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano.* Rio de Janeiro, Forense.

ROOSEVELT III, Kermit (2006). *The Myth of Judicial Activism - Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale: Yale UP.ROSENBERG, Gerald. (1991), *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change.* Chicago, University of Chicago Press.

____. (1996),"Positivism, Interpretivism, and the Study of Law. *Law and Social Inquiry*, 21, 2: 435-455.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1982). "O Direito E a Comunidade: As Transformações Recentes Do Poder Do Estado Nos Países Capitalistas Avançados." *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10: 9-40.

——— (1989). "Room for Manoeuver: Paradox, Program, or Pandora´S Box." *Law and Social Inquiry*, 149-64.

——— (1995). "A Sociologia Dos Tribunais E a Democratização Da Justiça." In *Pela Mão De Alice: O Social e O Político Na Pós-Modernidade*, edited by Boaventura de Sousa Santos, 141-62. São Paulo: Cortez.

SEGAL, Jeffrey A. & SPETH, Harold J.. (1993), *The Supreme Court and the Attitudinal Model.* New York, Cambridge University Press.

SHAPIRO, Martin. (2002 [1965]), "Political Jurisprudence", in Shapiro, Martin & Stone Sweet, Alec, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, pp. 19-54.

____. (1981), *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago, University of Chicago Press.

____ & STONE Sweet, Alec. (2002), *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford, Oxford University Press.

SILBEY, Susan e SARAT, Austin. (1987), "Critical Traditions in Law and Society Research", *Law and Society Review*, n° 21: 167-74

SILVEIRA, Alípio. (1977), "A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana", Silveira, Alípio et al., *O Poder Judiciário e a Constituição*, Porto Alegre, AJURIS, 1977, p. 37-126.

SMITH, Rogers M. (1988), "Political Jurisprudence, The "New Institutionalism," and the Future of Public Law", *American Political Science Review*, 82, 1: 89-108.

THOMPSON, E. P. (1987). *Senhores e Caçadores*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

WHITTINGTON, Keith E (2007). *Political Foundations of Judicial Supremacy - the Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton U.P.

ZEHMANS, Frances (1983). "Legal Mobilization: The Negleted Role of Law in the Political System." *American Political Science Review* 77, no. 3: 690-703.

CAPÍTULO 3

ABORDAGENS TEÓRICAS NA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE O PODER JUDICIÁRIO: DIÁLOGOS, PONTES, HÍBRIDOS[1]

Celly Cook Inatomi

"It's the vague people who are the pioneers"

(Richard Rorty)

Introdução[1]

O objetivo deste capítulo é o de apresentar o debate norte--americano em ciência política sobre o Poder Judiciário de forma a tornar menos nítidas as linhas teórico-metodológicas que separam as diferentes abordagens nele presentes. Em outras palavras, queremos apresentar uma visão mais abrangente, que saia do que é padrão e nuclear a essas abordagens para caminhar em direção às suas margens e, assim, ver os contatos que cada qual estabelece com as outras. O intuito, portanto, é o de verificar os pontos de semelhança, de continuidade ou mesmo de complementaridade entre as diversas perspectivas, mostrando que o debate pode ser apresentado menos

[1] O presente capítulo foi elaborado nas atividades do GPD-CEIPOC no quadro do projeto do INCT-INEU. Foi preparado como parte do trabalho de tese em ciência política intitulado "A atuação do Poder Judiciário nas políticas de erradicação do trabalho escravo rural", e defendido no PPGCP da UNICAMP em março de 2016.

como um jogo de oposições e mais como um diálogo fluido de trocas teóricas e metodológicas.

Defendemos a tese de que esta proposta nos ajuda a perceber que a pesquisa sobre o Poder Judiciário não deve necessariamente nos prender a uma linha única de pensamento, pressupostos e métodos de trabalho. Isto acontece justamente porque as abordagens conversam muito mais entre si do que geralmente se reconhece, extrapolando os esquemas teórico-metodológicos por demais rígidos e fechados explicitados em seus argumentos e tomados ao pé da letra pelos observadores. A reconstrução mais abrangente do debate possibilita verificar a existência de uma margem de ação para o pesquisador transitar de forma mais livre e exploratória entre as diversas abordagens sobre o Poder Judiciário, buscando realizar suas próprias tentativas de pesquisa e não o aprofundamento de análises unilaterais.

Geralmente cada abordagem constrói e sustenta a sua identidade no campo dos estudos judiciais norte-americanos em oposição àquelas já existentes, até mesmo para se colocar como diferente e inovadora. Esse processo de diferenciação se dá através da defesa ou da ênfase de uma dimensão de análise específica, que permite classificá-las como individualistas, estruturalistas e institucionalistas. Algumas abordagens defendem que para entendermos a atuação política do Judiciário é preciso que nos voltemos para as ações dos juízes, para os seus valores e preferências políticas particulares, levando-nos, assim, para dimensões individuais de análise; outras sustentam que a atuação do Judiciário só pode ser inteiramente compreendida se conseguirmos descobrir a sua função dentro de uma determinada sociedade, fazendo-nos pensar em dimensões analíticas mais estruturais; e outras, ainda, argumentam que uma análise sobre o Poder Judiciário tem que levar em conta suas regras e formas de funcionamento, caso em que é preciso reconhecer a importância da dimensão institucional.

O que podemos perceber, no entanto, é que, embora as abordagens sempre apresentem ênfase sobre uma dimensão de análise em

particular, e embora elas sejam reconhecidas, agrupadas e compreendidas por isso, elas se entrelaçam de maneiras diversas, extrapolando não somente os seus próprios limites internos como também as suas fronteiras com as demais. Podemos encontrar, por exemplo, abordagens que se apresentam como individualistas, mas que têm características teórico-metodológicas que se desviam do padrão de uma análise individualista, trazendo argumentos de caráter institucional ou estrutural. Elas são caracterizadas por uma marcante diversidade interna, que é onde se abrem e se mostram os avanços em direção a pesquisas multidimensionais e a um diálogo entre abordagens diferenciadas. O que se pode observar, inclusive, é que até mesmo nas abordagens mais "puras" ou mais unidimensionais há trabalhos ou estudiosos que fogem à regra e empurram os seus limites, testando ao extremo sua capacidade analítica.

Para realizar o que estamos propondo, o capítulo se divide da seguinte forma. Na primeira parte discutimos um conjunto de abordagens que enfatizam a dimensão individual para analisar o Poder Judiciário. São as consideradas típica ou puramente "individualistas", como o modelo atitudinal e o modelo estratégico; e as mais abrangentes, como o realismo jurídico, a jurisprudência política e a mobilização do direito. Mostramos que até mesmo nos modelos mais puramente individualistas, como o atitudinal e o estratégico, é possível encontrar exemplos que não somente se aproximam das abordagens individualistas mais abrangentes como também extrapolam os limites do próprio conjunto de abordagens individualistas, caminhando em direção a considerações de caráter mais institucional e/ou estrutural.

Na segunda parte do capítulo discutimos os trabalhos de cunho estruturalista vindos do movimento dos *Critical Legal Studies*, novamente pensando em termos de trabalhos mais puros e mais abrangentes. Dentre os mais puros, vemos o posicionamento radical das teses da "indeterminação" do direito. Dentre as mais abrangentes, vemos o posicionamento de trabalhos que se aproximam tanto das abordagens individualistas quanto dos trabalhos estruturais de origem marxista.

Na terceira parte do capítulo, por sua vez, discutimos a abordagem do institucionalismo histórico, de forma a mostrar as ligações e semelhanças com os conjuntos de abordagens vistas anteriormente. Ao compararmos o institucionalismo histórico com as demais abordagens, relembramos, com base nas análises anteriores, que ele não foi o único e nem o primeiro a tentar fazer uma síntese analítica entre as três dimensões de análise.

Nas conclusões, recuperamos algumas considerações centrais para mostrar que o desenvolvimento das diferentes abordagens analíticas se deu não apenas através de um jogo de oposições mas também através de uma fluidez significativa de questões, pressupostos e metodologias, que acabam ofuscando a nitidez das linhas que as separam em quadros rígidos e fechados de análise e abrindo um campo grande de perguntas de pesquisa.

As abordagens de cunho individualista: o comportamento político dos juízes

Na ciência política, as abordagens de cunho individualista são geralmente identificadas como behavioristas, como as que têm por unidade de análise os indivíduos ou grupos de indivíduos cujas ações, comportamentos, interesses e valores particulares são os elementos que explicam o jogo político. Em outras palavras, procuram explicar a política através do comportamento ou da ação dos indivíduos, ação esta voltada para a realização de objetivos particulares. As instituições, assim como as regras mais estruturais de uma sociedade, seriam basicamente reflexos sedimentados dessas preferências individuais em ação e em interação, e funcionariam auxiliando os indivíduos com informações ou previsões sobre como melhor agir para alcançar seus objetivos.

Esta identificação das abordagens individualistas como behavioristas também é comum entre os estudos políticos sobre o Poder Judiciário, e isto se deve, em grande medida, à quebra teórica e metodológica que o behaviorismo trouxe para o campo dos estudos

judiciais (PRITCHETT, 1968; SMITH, 1988; MARCH e OLSEN, 1989; WHITTINGTON, 2000; MAVEETY, 2003b; SEGAL, 2003), dividindo-o em "estudos judiciais no direito" (*Public Law*) e "estudos judiciais na ciência política" (estudos do *Judicial Process*).

O behaviorismo representou um marco importante da "emancipação" da ciência política frente ao direito. Se antes os cientistas políticos se encontravam de alguma forma dependentes do direito e das categorias jurídicas e institucionais para analisar o Judiciário, aparecendo como meros "comentadores" de leis e de decisões judiciais, eles passam agora a constituir um campo próprio de estudos, construindo uma teoria e metodologia própria. A ideia central, portanto, que se funda com a emergência do "behaviorismo judicial", particularmente através do modelo atitudinal e do modelo estratégico[2], é a ideia de análise "política" do Judiciário, análise que requer uma mudança radical de foco, métodos e materiais empíricos de pesquisa (SCHUBERT, 1963).

A atuação do Judiciário e as decisões judiciais não podem mais ser explicadas com base nas regras e normas jurídicas, ou com base na ideia do legalismo jurídico de que os juízes são meros "aplicadores" das leis, neutros e apolíticos. Agora a atuação do Judiciário e as decisões judiciais somente se explicam em função dos valores e das preferências políticas particulares dos juízes. O juiz passa a ser visto como um verdadeiro ator político, que tem na decisão judicial a sua possibilidade de ação política; ele não decide conforme as regras, mas conforme seus interesses políticos particulares (SCHUBERT, 1963; SEGAL e SPAETH, 1993; SEGAL, 2003). As regras jurídicas só têm importância para a análise caso exerçam alguma influência sobre o comportamento dos juízes, que podem instrumentalizar tais regras de forma estratégica para atingir seus objetivos (SCHUBERT, 1964, 1974b; SEGAL e SPAETH, 1993, 1996a, 1996b; ROHDE, 1972a, 1972b; ROHDE e SPAETH, 1976; MURPHY, 1964; EPSTEIN e KNIGHT, 1998).

[2] Ainda sobre os pressupostos fundamentais dessas abordagens ver o capítulo 2.

O que ocorre, assim, é uma mudança completa de foco, que sai da visão formal e institucional do direito para uma visão individualista e comportamentalista da decisão judicial. Juntamente com a mudança de foco, também ocorre mudança no método e no material empírico de pesquisa. O cientista político não deve mais se voltar para uma análise descritiva do conteúdo das leis, códigos e constituições, limitando-se a comentar as diferentes interpretações que foram dadas pelos juízes em contextos políticos distintos. Ele deve observar os votos que os juízes deram e suas frequências em uma massa de decisões, quantificando as vezes em que deram votos liberais e votos conservadores[3]. O importante é localizar o juiz no jogo político, verificar de que "lado" ele está, e mostrar, através de métodos quantitativos cada vez mais sofisticados[4], que a atuação política do Judiciário deve ser entendida unicamente a partir do comportamento político dos juízes. Isto seria fazer uma análise "política" e "científica" do Judiciário, análise esta que configuraria o *mainstream* dos estudos judicias na ciência política norte-americana.

Nesse processo de construção de uma análise "política" do Judiciário ou de fortalecimento dos estudos judiciais em ciência política, o modelo atitudinal e o modelo estratégico tiveram cada qual papéis importantes e, sob nosso ponto de vista, complementares. Se o atitudinal foi responsável por firmar a ideia do "juiz político", que decide conforme seus valores e preferências políticas particulares, o estratégico procurou resgatar para a análise behaviorista a importância

[3] Esses estudos produziram um grande conjunto de bases de dados estatísticas para demonstrar o caráter político da atuação dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Para exemplos, consultar Spaeth (1999a, 1999b) e de Segal e Spaeth (2000).

[4] Um das técnicas mais comumente utilizadas é a *scalogram analysis*, através da qual o estudioso pode dispor as atitudes individuais dos juízes (os votos) em uma escala unilinear, acumulativa e contínua de valores, de forma a verificar a consistência dessas atitudes ao longo de diversas decisões. Trata-se de uma escala gradativa de valores, do extremo mais progressista ao extremo mais conservador, que permite verificar que um juiz vota sempre a favor daqueles valores que vão até o limite crítico de valores que os separam de outros. Essa técnica é importante na medida em que permite explicar as diferenças encontradas de decisão para decisão nos votos dos juízes, mostrando uma lógica maior por trás de votos que se diferenciam, mas que acabam caindo dentro um grupo único de valores.

de se olhar novamente para as normas e para as regras institucionais, de forma a enfatizar que os juízes podem atuar de forma estratégica frente a elas para alcançar seus objetivos particulares. Em seus desenvolvimentos mais recentes, inclusive, os trabalhos estratégicos (agora reconhecidos como do "neoinstitucionalismo da escolha racional") analisam o envolvimento de elites governamentais na formulação e na alteração das regras constitucionais e de funcionamento das instituições judiciais, mostrado o caráter político do próprio direito e as suas relações com o comportamento estratégico dos juízes e de outros atores políticos (GINSBURG, 2003; HELMKE, 2004, HIRSCHL, 2004; FINKEL, 2008).

A ideia de estratégia, contudo, não é exclusividade ou pioneira dos estratégicos, muito embora o contrário seja propagado pela literatura[5]. Emprestada de teóricos da escolha racional ou de teorias econômicas da política (DOWNS, 1957; RIKER, 1962; ELSTER, 1986), ela já se encontrava presente entre os primeiros trabalhos atitudinalistas, influenciando de forma significativa não apenas o desenvolvimento dos próprios trabalhos atitudinalistas[6] como também o nascimento dos trabalhos estratégicos, alguns inclusive em parceria com os atitudinalistas[7]. A diferença entre uma abordagem e outra parece se dar muito mais no plano da "gradação" do que da "inovação": enquanto entre os atitudinalistas a ideia de estratégia aparece de forma rarefeita e esparsa, para explicar casos em que a preferência política particular

---

[5] Como mostram Epstein e Knight (2000), é em função da questão estratégica e da consideração de questões institucionais para a análise comportamental dos juízes que o modelo estratégico é geralmente entendido e se porta como um movimento revolucionário diante do modelo atitudinal. Para mais detalhes, ver o capítulo anterior.

[6] O "pai fundador" do modelo atitudinal, Glendon Schubert (1964, 1974a, 1974b), também se preocupava com questões de caráter institucional, de forma a mostrar o comportamento estratégico dos juízes diante dessas questões. Para incorporar tais elementos à análise comportamental, Schubert procurou aperfeiçoar gradativamente os métodos quantitativos de pesquisa, de modo a considerar as regras e outros elementos de forma sistemática, quantificável e não mais de forma descritiva.

[7] As semelhanças entre o modelo atitudinal e o modelo estratégico são reconhecidas pelos próprios estudiosos estratégicos (EPSTEIN e KNIGHT, 2000), reconhecimento que também pode ser visto nas parcerias de pesquisa e em publicações conjuntas desde o início do desenvolvimento dos trabalhos estratégicos (ver, por exemplo, PRITCHETT, MURPHY e EPSTEIN (2002 [1961]).

do juiz não se encontrava tão explícita na decisão judicial, entre os estratégicos a ideia ganha estatuto de "conceito", permitindo explicar tais "contracasos" de forma mais sistemática.

Tanto para os atitudinalistas quanto para os estratégicos, portanto, a ideia de estratégia se encontra presente e, em ambas as ocasiões, para manter a análise com foco na dimensão individual, na questão comportamental. Seu uso lhes possibilitou considerar elementos institucionais, mas sem abandonar a dimensão individual de análise, o diferencial de seus trabalhos frente aos estudos judiciais no direito. Assim, não se trata de olhar para as regras e para as instituições de forma independente, mas sempre tendo como referência primeira o comportamento dos juízes. Por isto dizemos que tanto o modelo atitudinal quanto o modelo estratégico ajudaram a estabelecer e a fortalecer a ideia padrão de análise "política" do Judiciário, diferenciando os estudos judiciais na ciência política dos estudos judiciais no direito. Seu olhar voltado para o comportamento individual assim como sua metodologia quantitativa sofisticada conformaram um padrão científico a ser seguido e implementado[8].

Contudo, podemos encontrar entre os próprios modelos behavioristas trabalhos atitudinalistas e estratégicos que fogem a esse padrão e apresentam outras formas de se fazer uma análise política do Judiciário, alargando os limites de suas abordagens e dialogando com outras dimensões analíticas. Alguns afirmam que, para entendermos a atuação política do Judiciário, não basta olharmos para os juízes, para os seus valores e comportamentos, é preciso também olhar para os aspectos institucionais e estruturais que cercam e limitam de fato a atuação do juiz.

Entre esses trabalhos encontramos estudos que defendem que a atuação política do Judiciário deve ser compreendida também a partir

[8] Sobre esse aspecto ver capítulo 5. Através da comparação entre os processos decisórios da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a autora destaca como a instrumentalização das regras institucionais como recurso estratégico pelos ministros conforma o processo decisório do Tribunal e pode auxiliar no estudo do comportamento judicial.

da função do juiz e do Judiciário dentro de um sistema ou “espírito” democrático (PRITCHETT, 1948[9]; HOWARD, 1968). É preciso não apenas mostrar quais são os valores políticos que guiam o seu comportamento decisório mas também investigar como que se formam tais valores (PRITCHETT, 1948, 1968; DANELSKI, 1960). O juiz e o Judiciário, dentro de um sistema democrático, teriam funções políticas específicas, normativamente estabelecidas, e as regras jurídicas poderiam formar e guiar seu comportamento. Assim, um juiz que decide intervir no Executivo ou no Legislativo em defesa dos direitos e das liberdades individuais, toma decisão que pode resultar não diretamente de seus valores políticos particulares, mas antes da sua própria função dentro de um sistema constitucional democrático, cujas regras lhe dão independência e poder político para esse tipo de intervenção.

Outros trabalhos questionam a relação direta que se faz entre os valores particulares dos juízes e as decisões judiciais, mostrando que a direção e a intensidade desse *link* mudam ao longo do tempo, especialmente por causa de constrangimentos institucionais (ULMER, 1969, 1979b). Eles se voltam, por exemplo, para a análise das regras de funcionamento das cortes, de outros momentos do processo decisório (ULMER, 1972, 1979a; ULMER, HINTZE e KIRKLOSKY, 1972), das regras judiciais de acesso aos tribunais (ULMER, 1978), e da pressão exercida por grupos e lideranças dentro da Corte sobre o comportamento dos juízes (DANELSKI, 1960; ULMER, 1963). Tudo para mostrar que o comportamento varia conforme questões outras que não somente os valores políticos particulares dos juízes[10].

---

[9] Para alguns, o caráter multidimensional de Pritchett é visto como ambíguo e como um resquício da crise inicial (teórica e metodológica) que a ciência política enfrentou para se desvencilhar do direito (SCHUBERT, 1963; MAVEETY, 2003; SEGAL, 2003). Embora Pritchett seja reconhecido como o precursor do modelo atitudinal (MAVEETY, 2003), seu trabalho não é visto como o que de fato “quebrou” com o legalismo jurídico e seus pressupostos institucionais.

[10] Ulmer reconhece a importância das abordagens tradicionais (institucionais) e se coloca mais numa posição de complementaridade do que de oposição a elas. Bradley (2003) cita, inclusive, uma passagem de um livro de Ulmer em que ele confirma essa ideia: “A abordagem behaviorista não substitui outras perspectivas, mas complementa o conhecimento que tem sido e continua a ser a marca de modelos analíticos mais tradicionais (ULMER, 1961: I *apud* BRADLEY, 2003: 109).

Há ainda outros que passam a questionar um problema central dos atitudinalistas e estratégicos padrões, que é a separação entre "direito" e "política". Passa-se a questionar se "decidir conforme as regras" é de fato diferente de "decidir conforme valores e interesses políticos", observando-se que as próprias regras ou que o próprio direito é um elemento político em si e não apenas uma roupagem estrategicamente utilizada ou instrumentalizada pelos juízes para alcançarem seus objetivos particulares.

Alguns estudos mostram "a política no direito" ao enfatizarem a importância dos valores culturais e políticos de uma sociedade na formação não somente do comportamento dos juízes como também das próprias regras de funcionamento das instituições judiciais. Encontramos, assim, preocupações com a questão da socialização judicial e com as experiências profissionais e políticas dos juízes, que estruturam e institucionalizam padrões de comportamento (COOK, 1971). Também encontramos análises sobre as relações entre os tribunais e a opinião pública, e as expectativas culturais e sociais sobre o papel do juiz e do Judiciário (COOK, 1977, 1979). Vemos, ainda, trabalhos em que se demonstra a importância dos valores políticos, culturais e sociais de uma sociedade na formulação das regras de seleção dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos[11], apontando que os valores manifestos nas decisões dos juízes podem ser culturalmente e institucionalmente selecionados (COOK, 1977, 1981, 1982, 1984).

Vemos, assim, que esses trabalhos procuram mostrar que, embora haja uma relação entre valores políticos pessoais dos juízes e suas decisões, há muitas outras questões institucionais e estruturais anteriores e contínuas ao processo decisório que influem na efetivação dos valores pessoais dos juízes. Assim, existiria uma muldimensionalidade latente na atuação política do Judiciário, que deve ser estudada a partir de um entrelaçamento de questões individuais, institucionais

[11] Cook mostra o processo de aceitação da primeira mulher como juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo seus estudos, isso só foi possível quando a cultura política do país se alterou e passou a considerar plausível a presença de uma mulher na Suprema Corte.

e estruturais, de modo semelhante ao que apontam os estudos do neoinstitucionalismo histórico[12].

Do ponto de vista metodológico, esses trabalhos behavioristas não padrões ajudam a quebrar a ideia que se fundou com o modelo atitudinal de que uma análise "política" e "científica" do Judiciário requer obrigatoriamente um foco unidimensional sobre o juiz, juntamente com a aplicação de uma metodologia quantitativa sofisticada. Ainda que o uso dessa metodologia não tenha sido descartada, e em alguns casos tenha sido estimulada e aperfeiçoada, o reconhecimento de outras dimensões analíticas e a utilização de metodologias qualitativas parece ser um traço comum entre esses estudos[13]. Eles vêm conquistando espaço e importância crescentes no *mainstream* dos estudos judiciais na ciência política norte-americana, dada a capacidade de mostrar os limites das teses padrões e a possibilidade de inaugurar novas hipóteses, agendas de pesquisa, e até mesmo novas abordagens analíticas.

Assim, se entre as abordagens individualistas puramente behavioristas nós podemos encontrar tantos trabalhos que fogem ao padrão, vejamos o que acontece entre as abordagens individualistas que não são behavioristas, ou que podemos chamar de "mais abrangentes", como o realismo jurídico, a jurisprudência política e a mobilização do direito. Dentre elas podemos encontrar trabalhos que tratam a relação entre política e direito não apenas pela chave da instrumentalidade

[12] Como apontou Epstein e Matther (2003: 186), o interesse de Beverly Blair Cook em diferentes dimensões da atuação política do Judiciário "moveu intelectualmente as barreiras do atitudinalismo, incorporando em uma explicação do ato de julgar as normas jurídicas e o contexto social, que são os mesmos fatores enfatizados pela abordagem alternativa do institucionalismo histórico ao estudo do comportamento judicial".

[13] Destaca-se, por exemplo, a capacidade dos métodos qualitativos como os estudos de caso de realizar uma espécie de "anatomia" do processo judicial, permitindo ver a existência de manipulações e constrangimentos de grupos de interesses sobre o juízes (PRITCHETT, 1968; PRITCHETT, MURPHY e EPSTEIN, 2002). Aponta-se também a importância das análises descritivas de Howard sobre os fluxos de litigação, agendas de julgamento, bem como das biografias e entrevistas de juízes como meios de se analisar a questão estratégica (MAVEETY e MALTESE, 2003). No extremo da desvinculação da pesquisa a uma metodologia preestabelecida, aponta-se, como fez Beverly Blair Cook, a importância de deixar o problema e o objeto de pesquisa ditar a metodologia necessária e não o contrário (EPSTEIN e MATTHER, 2003).

(pressupondo a centralidade do juiz e a separação entre direito e política), mas também pelo seu caráter histórico e constitutivo, considerando cada vez mais a importância das dimensões institucionais e estruturais de análise para se entender a atuação política dos juízes e do Judiciário como um todo. É a partir de seus trabalhos que podemos ver semelhanças e diálogos cada vez mais claros tanto com o marxismo e com os *Critical Legal Studies* quanto com o neoinstitucionalismo histórico e com o próprio legalismo. Ou seja, é a partir dessas abordagens individualistas mais abrangentes que podemos ver que as tentativas de "despolarização" ou de "desunidimensionalização" (que vimos entre alguns atitudinalistas e estratégicos não padrões) ganham ainda mais força.

No realismo jurídico foi onde a unidimensionalidade e a ideia de instrumentalidade se deram de forma mais ampla, ao passo que foi com o advento das análises realistas que se introduziu pela primeira vez (antes mesmo do surgimento do behaviorismo judicial com o modelo atitudinal) a dimensão individual no campo dos estudos judiciais, tomando o juiz como um ator político, que julga conforme seus interesses próprios e não conforme as regras e as leis (HOLMES, 1897; LLEWELLYN, 1930).

Contudo, alguns trabalhos realistas importantes não incorporam acriticamente a ideia de que as atitudes individuais dos juízes explicam por si as decisões judiciais e a atuação do Poder Judiciário. Argumenta-se que, por trás das atitudes e valores individuais, há a presença consciente ou inconsciente de uma ideologia dominante. Os interesses e os comportamentos individuais dos juízes refletem interesses e comportamentos dos grupos nos quais eles estão inseridos. Esses grupos, por sua vez, estão mergulhados em seus próprios interesses materiais e econômicos que, por fim, influenciam no tempo e no espaço a formulação das leis e o funcionamento das instituições governamentais (BENTLEY, 2008 [1908]; BEARD, 2006 [1938]). Dessa forma, questões de caráter estrutural se fazem igualmente necessárias

para desvendar e entender a "realidade" que está por trás das decisões judiciais[14]. Mantém-se uma certa relação de instrumentalidade e de importância das ações do indivíduo ou de um grupo de indivíduos, mas enfatizam-se questões estruturais, materiais, econômicas e também ideológicas como sendo os elementos que estão por trás das ações e das próprias regras jurídicas, formando-as e constituindo-as, de modo que "decidir conforme as regras" não se diferencia de "decidir conforme valores".

Na jurisprudência política, a ideia de instrumentalidade também aparece, na medida em que se colocam os interesses individuais ou das elites como as forças motoras que constroem, mantêm e transformam as regras e as instituições judiciais a seu favor. O elemento da escolha ou da decisão dos indivíduos continua a ser central para o estudo político judicial (SHAPIRO, 1963)[15]. Contudo, não se pode esquecer que os estudos da jurisprudência política não surgiram em completa concordância com o behaviorismo judicial (DANELSKI, 1983; STUMPF, 1983), mas como uma alternativa entre o institucionalismo do legalismo jurídico e o individualismo do behaviorismo judicial[16].

---

[14] Fisher, Horwitz e Reed (1993), ao empreenderem o que chamam de uma "visão generosa" sobre o realismo jurídico, estudam a diversidade analítica presente na abordagem, mostrando seus diversos desdobramentos e suas diferentes formas de definir e entender o que é a "realidade" por trás das decisões judiciais.

[15] Segundo Martin Shapiro (1963: 295), que cunhou o nome da abordagem (*Political Jurisprudence*), "a nova jurisprudência compartilha com todo o pensamento jurídico americano moderno [realistas e behavioristas] a premissa de que os juízes fazem mais do que simplesmente descobrir a lei. Sem essa premissa, não poderia existir nenhuma jurisprudência política, pois uma das preocupações centrais da política é o poder, e o poder implica a escolha. Se o juiz não tem nenhuma escolha entre alternativas, se ele simplesmente aplica as regras fornecidas pelas compilações jurídicas e chega a uma conclusão comandado por uma lógica jurídica inexorável, ele não seria de mais interesse político do que uma máquina da IBM que poderia substituí-lo em breve".

[16] Como descreve Stumpf (1983), a jurisprudência política sustenta uma visão de indivíduo distinta do behaviorismo judicial. Este último defende uma visão mais psicológica dos juízes, estudando-os como seres humanos, e relacionando seus comportamentos a um corpo teórico mais geral sobre o comportamento humano em momentos de escolha ou de decisão. A jurisprudência política, por sua vez, sustenta uma visão mais sociológica de indivíduo, pensando-o mais enquanto integrante de determinados grupos inseridos em instituições políticas, que, por sua vez, estão inseridas num determinado sistema governamental.

Para os estudos da jurisprudência política caberia uma dupla preocupação: em função do legado deixado pelo behaviorismo judicial, não se poderia mais seguir acreditando que os juízes eram meros "aplicadores" das regras jurídicas; contudo, as análises políticas também não poderiam mais seguir fazendo economia de conceitos jurídicos (SHAPIRO, 1963). Seria preciso pensar nos elementos que ocupam o espaço existente entre esses dois polos de explicação, de forma a entender e a ver a política não somente no comportamento dos juízes mas na própria história de criação, manutenção e transformação das regras e das instituições jurídicas, vendo-as também como agências políticas governamentais (SHAPIRO, 1986).

É em função dessa dupla preocupação que a jurisprudência política pode ser vista e entendida a partir de diferentes perspectivas, denotando a multidimensionalidade nela presente. Alguns a veem como abordagem behaviorista, uma vez que mantém a centralidade e a importância das escolhas individuais (SMITH, 1988); outros a veem como funcionalista, dada a ênfase que seus estudos imprimem ao caráter funcional das regras e instituições judiciais para determinados grupos políticos (MCCANN, 2010); e outros, por fim, a veem como clara abordagem institucionalista e precursora do institucionalismo histórico, considerando a recuperação histórica e política da criação das regras e das instituições judiciais, sem desconsiderar, contudo, a importância das ações estratégicas dos grupos governamentais (GILLMAN e CLAYTON, 1999; KRITZER, 2003; GILLMAN, 2004).

Na mobilização do direito, por fim, a ênfase na dimensão individual e instrumental também se mantém, mas a partir de uma visão "de baixo para cima", ou seja, não apenas considerando os valores, interesses e ações de juízes e de governantes, mas também daqueles que mobilizam o direito, os "usuários" da justiça (MCCANN, 2008, 2010). Alguns vão se preocupar em traçar uma tipologia dos litigantes para verificar as relações entre as suas capacidades (financeiras e jurídicas) e as possibilidades de instrumentalizar o direito e as cortes ao seu

favor (GALANTER, 1974; EPP, 1996, 1998). Outros vão se preocupar em mostrar como que os indivíduos e grupos de indivíduos instrumentalizam as cortes como mais uma arena possível (e não única e nem definitiva) de luta política pelo significado e conquista de direitos (MCCANN, 1994). O que se observa, no entanto, é que esses dois tipos de trabalho sustentam visões distintas sobre o direito e o Judiciário e, consequentemente, sobre o sentido e resultado das suas relações com os indivíduos, recorrendo ora a questões de caráter institucional, ora a questões de caráter estrutural (ZEHMANS, 1982, 1983; SCHEINGOLD, 2004 [1974], 2008; MCCANN, 2008).

O primeiro tipo de estudo toma o direito como uma entidade mônada e separada dos sujeitos, que podem instrumentalizá-lo caso tenham as capacidades e as oportunidades necessárias de assim fazê-lo. Se as decisões judiciais geralmente favorecem aqueles que possuem melhores condições, não é tanto em razão das preferências particulares dos juízes, mas em razão dos obstáculos institucionais que se colocam ao acesso dos cidadãos com poucas condições. Estando eliminados ou contornados esses obstáculos institucionais, através de reformas de ampliação do acesso à Justiça e de diminuição das desigualdades de capacidades, os valores particulares dos juízes já não importam tanto. A pressão exercida pelas demandas individuais por direitos, associada a uma maior abertura institucional do Judiciário, leva a uma mudança nas agendas de julgamento das cortes, resultando em uma "revolução dos direitos" (EPP, 1998). O Judiciário, assim, pode produzir mudanças sociais, tendo como condição o aumento crescente das demandas dos indivíduos por direitos e uma estrutura institucional adequada para ajudá-los.

As críticas centrais que foram direcionadas a esse primeiro tipo de trabalho se deram, principalmente, porque elas enfatizaram mais a questão do acesso do que da "saída" ou dos resultados concretos das decisões judiciais, que acabam mostrando que as cortes ou que o Poder Judiciário não são capazes de produzir mudanças sociais

(ROSENBERG, 1991). Não se poderia negar a importância das mobilizações e das possibilidades de sucesso judicial, mas seria um erro tomar esses ganhos judiciais como a palavra final que leva de fato a uma mudança social, ou como uma decisão que coloca um ponto final em situações de disputas na sociedade e na destituição de direitos[17]. Os processos judiciais seriam apenas parte de um funcionamento político mais amplo das instituições e sobre eles agiriam constrangimentos de caráter estrutural ou sistêmico, como a falta de prerrogativas e de poderes do Judiciário que lhes possibilite de fato implementar transformações sociais. Segundo essa crítica, portanto, os ativistas e as mobilizações sustentariam uma esperança ingênua nas táticas judiciais, caindo no que ficou conhecido como o "mito dos direitos" (SCHEINGOLD, 2004 [1974]).

Diante disso, o segundo tipo de estudos da mobilização do direito se coloca no limiar entre o primeiro tipo e a crítica a ele dirigida, como que dizendo "nem tanto ao céu nem tanto à terra". Influenciados sobretudo pelos trabalhos do "indeterminismo" dos *Critical Legal Studies* (que veremos mais adiante entre as abordagens estruturalistas), esses trabalhos vão dizer que as decisões judiciais, de fato, não são o ponto final ou o fim dos conflitos e das disputas na sociedade. Mas vão argumentar que elas nem poderiam ser o ponto final dos conflitos, tendo em vista que o direito comporta dentro de si uma constante disputa entre princípios conflitantes, que perpassam não apenas o processo judicial como a ordenação e a constituição da sociedade. O importante é ver, em função das mobilizações populares, de seus entendimentos e de seu histórico de lutas políticas por direitos, qual é o significado e o que representa a mobilização judicial. Seria preciso, inclusive, relativizar o que é visto como "sucesso judicial", na medida

[17] Rosenberg (1991) analisa, por exemplo, o caso de uma decisão histórica (*Roe vs. Wade*) da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a legalização do aborto. Segundo o estudioso, embora a decisão da Corte de anular leis restritivas sobre o aborto do Texas e da Geórgia tivesse resultado na alteração de diversas legislações estaduais, a contramobilização aumentou igual ou mais fortemente no país, acirrando ainda mais os conflitos e as lutas pela criminalização do aborto. A decisão, embora impactante e histórica, não teria transformado de fato a sociedade. Ela seria apenas mais um momento no processo de luta política.

em que apenas o ato de entrar com uma ação na Justiça já poderia representar uma conquista simbólico-concreta para os movimentos sociais, fazendo as instituições da Justiça olharem para os seus problemas e catalisando ou impulsionando lutas e mobilizações em outras arenas políticas (MCCANN, 1994)[18]. O direito e as instituições judiciais não seriam, assim, apenas um mito, pois teriam significado e impactos tanto simbólicos quanto concretos para os indivíduos e para os seus movimentos; o direito constituiria significados, valores e comportamentos distintos, e seria por eles constituído.

Do ponto de vista metodológico, esse último tipo de estudo resgata um debate travado pelos *Critical Legal Studies* acerca das limitações da ciência positiva. Uma das questões centrais levantadas recai sobre as diferenciações e as consequências de se tentar fazer uma análise explicativa e positivista, ou uma análise exploratória. Uma análise explicativa procuraria traçar relações de causa e consequência, construir leis gerais ou mostrar o que é comum e padrão na atuação do Judiciário e nas decisões judiciais. Uma análise exploratória, pelo contrário, não demonstraria relações de causa e consequência, mas a heterogeneidade constituinte nas relações encontradas entre sociedade e direito. Enquanto uma análise explicativa mostraria a existência de uma variável independente, a partir da qual se explicariam a atuação do Judiciário e os resultados das decisões judiciais, uma análise exploratória mostraria diversas variáveis em interação, de forma a evidenciar as configurações resultantes possíveis (MCCANN, 1996).

Podemos perceber que, diante dessa divisão entre tipos de análise, e diante dos estudos que até agora fizemos das diversas abordagens

[18] Ao estudar o movimento das mulheres pela igualdade salarial nos Estados Unidos, McCann (1994) fala sobre a importância da mobilização judicial para o aumento dos movimentos e dos debates políticos. Ele fala, por exemplo, de uma decisão judicial que mudou o foco de tratamento da equidade salarial, que retirou o foco individual sobre a questão para colocá-la no plano do que seria não mais uma discriminação individual, mas uma discriminação sistemática das mulheres no mundo do trabalho. Essa decisão gerou argumentos suficientes para impulsionar os movimentos, novas leis e a mobilização judicial pelo reconhecimento desse caráter sistemático e institucional da discriminação contra as mulheres, ainda que as respostas judicias por vezes fossem "negativas" às mobilizações.

individualistas, à medida que os trabalhos procuram incorporar dimensões distintas de análise, que colocam questões e limites a teses puramente individualistas, eles caminham em direção à construção de análises mais exploratórias do que explicativas. Embora esse efeito da multidimensionalidade possa ser visto enquanto um problema do ponto de vista da capacidade explicativa das abordagens[19], ele também pode ser visto como positivo, uma vez que não ignora questões institucionais e estruturais importantes para o debate; explora a relação entre política e Judiciário em maior profundidade; e permite não somente o questionamento de velhas hipóteses como também a construção de novas agendas de pesquisa, bem como um diálogo mais aberto com outras abordagens analíticas.

As abordagens de cunho estruturalista: a função do direito e do Poder Judiciário

As abordagens de cunho estruturalista têm por unidade de análise o quadro de condições econômicas, sociais, culturais e históricas que ordena/articula as relações entre os indivíduos e as relações destes com as instituições. Elas procuram explicar a política não mais diretamente através do jogo político entre os atores e através dos seus cálculos com relação aos constrangimentos institucionais e estruturais, mas por uma determinada ordenação da sociedade que estabelece os termos em que o jogo político deve se dar e que as instituições devem atuar, moldando e limitando tanto uma coisa quanto a outra. Assim, tanto o comportamento dos indivíduos quanto o funcionamento das

[19] Quando não se tratou o realismo jurídico e a jurisprudência política a partir de uma visão padronizada, mas reconhecendo-as como abordagens altamente diversificadas, tomou-se a variedade como mais um motivo para as abordagens serem criticadas, na medida em que não teriam conseguido conformar um corpo teórico e metodológico próprio, nem análises com valor explicativo e prescritivo, mas apenas descritivo (O'BRIEN, 1983). A ideia de "indeterminação" e de análise exploratória utilizada por McCann (1996) foi uma resposta dada pelo autor às críticas que seu trabalho de 1994 havia sofrido por parte de Rosenberg (1996), que ressaltou questões como a falta de capacidade explicativa, considerando que McCann (1994) teria estudado apenas um caso, de maneira muito interpretativa e sem mostrar de fato as relações de causa e consequência entre uma coisa e outra, entre as decisões judiciais e o aumento das mobilizações.

instituições e a própria interação entre eles seriam, em grande medida, produtos ou reflexos desse ordenamento e acabariam funcionando, de um modo ou de outro, como elementos legitimadores (conscientes ou inconscientes) dessa determinada ordenação, nem sempre coerente, da vida em sociedade. Se aquilo que podia ser visto por alguns individualistas apenas como constrangimentos que são levados em conta nos cálculos racionais dos indivíduos ou grupos, agora é tido como o elemento estruturador e constitutivo, e por vezes contraditório, dos seus comportamentos e de suas escolhas.

No campo dos estudos judiciais norte-americanos, a construção de trabalhos de cunho estruturalista se deu, sobretudo, com a emergência do movimento dos *Critical Legal Studies* (*CLSs*), que se apresentou como a vanguarda de uma virada radical na forma e no conteúdo da crítica que até então vinha se fazendo ao legalismo jurídico (HUNT, 1986). Posicionados no ápice de uma linha crítica evolutiva ou progressiva, os *CLSs* seriam "a crítica da crítica da crítica" ao legalismo jurídico: as primeiras tentativas menos bem-sucedidas de crítica viriam, sobretudo, do realismo jurídico; em seguida, outras medianamente bem-sucedidas viriam dos trabalhos de cunho estruturalista, sobretudo de origem marxista, que também criticaram o realismo; e os *CLSs*, por fim, constituiriam a crítica mais profunda e completa ao legalismo jurídico, questionando as críticas feitas tanto pelo realismo jurídico quanto pelo marxismo.

No que diz respeito às limitações do realismo jurídico para criticar o legalismo jurídico, os *CLSs* defendem que os realistas acabaram caminhando mais para uma afirmação do modelo legalista do que propriamente para o seu desmantelamento (KAIRYS, 1998; GORDON, 1998). Argumenta-se que, embora eles tenham mostrado que o "direito na prática" é diferente do "direito nos livros", denunciando a realidade por trás da "mentira" e da "ilusão" que seria o processo decisório judicial e a ideia de imparcialidade do juiz, os realistas jurídicos teriam deixado de perceber o caráter problemático do próprio "direito nos

livros". Para os realistas, o problema central estaria no fato de o juiz se desviar do "raciocínio jurídico objetivo" para se utilizar do "raciocínio político subjetivo", como se de fato existisse uma metodologia jurídica ou processo objetivo que permitisse alcançar resultados "corretos". Com isso, eles não teriam se dado conta de que o próprio "direito nos livros" congrega muito valores conflitantes e contraditórios, sendo que o problema essencial da decisão judicial não seria o fato de o juiz se desviar das regras jurídicas para julgar de acordo com seus valores particulares, mas o fato de a escolha do juiz ser, inevitavelmente, entre valores, esteja ele seguindo estritamente as regras ou suas preferências particulares, pois as regras são elas mesmas constituídas de valores e interesses (KAIRYS, 1998).

Para os *CLSs*, portanto, os realistas não teriam visto um problema no direito em si, mas no que os homens fazem dele na prática; e, com isso, ainda mostrariam acreditar na existência de uma separação entre direito e política. Segundo os críticos, a escola realista continuaria presa à ideia ingênua e idealizada do "direito nos livros", porquanto deixariam subjacente em suas análises que, se esse direito ideal não fosse desviado e subvertido em função dos interesses diversos dos juízes, ele continuaria sendo capaz de solucionar conflitos de uma forma lógica, coerente e objetiva. Assim, estando os realistas jurídicos ainda presos nessa ilusão, os *CLSs* depreendem que eles teriam sido incapazes de romper com o liberalismo, constituindo um movimento de caráter crítico "simplesmente evolutivo" (KAIRYS, 1998; GORDON, 1998).

No que diz respeito às limitações da crítica marxista ao legalismo jurídico, os *CLSs* apontam que os trabalhos marxistas teriam alcançado um estágio avançado de "declínio científico" (HUTCHINSON e MONAHAN, 1984: 220). Embora os marxistas tivessem dado um passo à frente muito importante no quadro progressivo da crítica ao legalismo jurídico, eles, assim como os realistas jurídicos, também teriam deixado de perceber a totalidade do caráter problemático do próprio direito. Se os realistas não viram os problemas postos no "direito nos livros", continuando a entender esse direito como algo

dotado de lógica, coerência e, principalmente, de objetividade, os marxistas não mais reconheceriam essa objetividade, ao mostrar que o "direito nos livros" também é dotado de valores e de subjetividade. Contudo, os marxistas continuariam a alegar que esse direito seria dotado de lógica e de coerência interna, não em função de um "bem geral" transcendental, mas em função dos interesses materiais das classes dominantes, mantendo-se, assim, uma explicação de caráter instrumentalista do direito (KAIRYS, 1998; GORDON, 1998).

Segundo os *CLSs*, os marxistas ficariam "orbitando" em torno da metáfora da "base/superestrutura", utilizando-a para dizer que o direito e suas instituições seriam, de uma forma ou de outra, determinados pela base econômica, sendo apenas reflexos dessa base. Qualquer que seja o grau de sofisticação elaborado pelos marxistas para explicar a relação posta por essa metáfora, desde a mais mecanicista ou mais ortodoxa (como FRIEDMAN, 2005 [1973]) até as mais heterodoxas (como COLLINS, 1982 e ALTHUSSER, 1985)[20], eles continuariam propagando uma visão do direito liberal como algo lógico, coerente e também funcional, deixando de perceber suas contradições internas. Como resultado, os marxistas acabariam caindo numa busca insensata pela ciência e metodologia positivistas, tentando sempre traçar relações claras de causa e consequência para demonstrar o caráter lógico, coerente e funcional do direito e de suas instituições (DOUZINAS e WARRINGTON, 1986).

Tendo em vista essas limitações tanto do realismo jurídico quanto do marxismo para criticar o legalismo jurídico, os *CLSs* vão defender que uma "verdadeira" crítica procura mostrar que o direito e as regras

[20] Os trabalhos que citamos aqui são exemplos de trabalhos marxistas que utilizaram a metáfora da base/superestrutura para falar mais especificamente (embora não apenas) da relação entre a base econômica e o direito e suas instituições. Collins (1982), por exemplo, não apenas tratou teoricamente dessa relação como fez um apanhado empírico de alguns casos de decisões judiciais em que a tese mecanicista entre base/superestrutura era contrariada, de forma a propor uma análise mais elaborada da metáfora. E o autor recupera, ainda, uma discussão acerca das razões pelas quais os marxistas não falam ou evitam falar em uma "teoria marxista do direito", que seria uma precaução contra cair no que eles chamam de "fetichismo do direito", pois o direito e suas instituições, em essência, não teriam uma história própria, mas sempre relacionada, ainda que em última instância, à base econômica da sociedade.

jurídicas que regem as relações sociais numa sociedade capitalista podem ser ainda mais perversos e difíceis de serem desmantelados, porquanto não seria tarefa simples identificar os diversos valores postos nessas regras. O direito carregaria em si valores e princípios variados, muitas vezes contraditórios e conflitantes entre si, de modo que a atuação do juiz ou o ato de julgar seria um ato profundamente contraditório e indeterminado. A era moderna seria marcada pela presença contraditória e conflitante de dois princípios distintos e opostos de ordenamento da sociedade, o individualismo e o altruísmo, sendo que o direito comportaria ao mesmo tempo normas concretas e normas abstratas insociáveis (KENNEDY, 1976). Tais princípios não seriam meros artefatos jurídicos, meras mentiras ou ilusões, pois solucionariam, ainda que provisoriamente, os conflitos. Contudo, eles permaneceriam em constante disputa, pois sempre estariam representando visões "rivais" da associação humana (UNGER, 1983).

Assim, o direito e suas instituições não seriam coerentemente funcionais e legítimos a interesses e valores únicos, e nem as decisões judiciais seriam sempre a manifestação prática dessa funcionalidade ou instrumentalidade. O direito, nos livros ou na prática, "solucionaria conflitando" interesses e princípios distintos, tendo legitimidade não apenas entre a classes dominantes mas também entre as classes dominadas. Existiria aí uma questão ideológica, de constituição de crenças e comportamentos, e de institucionalização muito mais profunda do que se pressupõe numa relação mecânica e determinista entre determinados interesses materiais e o direito e suas instituições. Assim, a "função" do direito não seria tão facilmente identificada. Com isso, os objetivos da verdadeira crítica não seriam mais os da ciência, construindo respostas e procurando descobrir os interesses ou a base material por trás das regras jurídicas; seus objetivos seriam os da filosofia, fazendo desta a sua "alma", e questionando teoricamente a própria natureza das noções de "indivíduo" e de "realidade" que os estudiosos apresentam em suas análises, de forma a distinguir

um "bom conhecimento" do "mau conhecimento" (HUTCHINSON e MONAHAN, 1984: 200).

O que se percebe, contudo, é que os *CLSs* fazem uma leitura limitada e, por vezes, injusta, tanto do realismo jurídico quanto dos trabalhos marxistas. Por isso, tendem a deixar de lado as semelhanças que compartilham com aqueles que criticam.

Se voltarmos às considerações que fizemos sobre o realismo jurídico, podemos ver que os seus trabalhos foram muito além do que julgam os *CLSs*. Eles não se preocuparam somente em mostrar o abismo existente entre o "direito nos livros" e o "direito na prática", dizendo apenas que são os valores subjetivos e individuais dos juízes que corrompem um direito tido como "ideal". Os realistas também mostraram que o próprio direito é problemático, visto que suas regras também são dotadas de subjetividade e de valores, como mostraram Bentley (2008 [1908]) e BEARD (2006 [1938]). É certo que não falam no aspecto central para os *CLSs*, que é o caráter contraditório e não somente subjetivo e valorativo do direito. Todavia, falam na questão ideológica como constituindo uma intermediação importante no processo de legitimação social dos interesses e dos valores de grupos dominantes, aspecto igualmente importante para os teóricos críticos. Neste sentido, portanto, a crítica feita pelos *CLSs* se assemelha consideravelmente à crítica feita pelo realismo jurídico, não sendo este último apenas uma crítica frágil e inacabada posta no início da linha crítica progressiva, mas uma abordagem crítica igualmente ou semelhantemente fundamental.

No que tange aos trabalhos marxistas, podemos observar que os *CLSs* fazem uma leitura no mínimo injusta ao nivelar diferentes desenvolvimentos marxistas sob o rótulo de "instrumentalistas", como fizeram Douzinas e Warrington (1986). Seria injusta, principalmente, porque os próprios *CLSs* podem ser passíveis dessa mesma crítica, na medida em que possuem dentro de seu movimento uma ampla faixa de trabalhos reconhecida como sendo a "ala revisionista" do marxismo

(HUTCHINSON e MONAHAN, 1984; HUNT, 1986). Encontram-se, por exemplo, trabalhos que afirmam que o direito, nos livros e nas práticas, é mobilizado pelas classes dominantes, que detêm o poder do Estado, para favorecer seus interesses (ABEL, 1998), sem fazer considerações acerca das contradições do próprio direito liberal. Encontram-se também trabalhos que procuram traçar paralelos temporais sucessivos entre cenário econômico e o direito (GABEL e FEINMAN, 1998). Embora esses trabalhos possam ser interpretados na chave da "crítica progressiva", constituindo uma crítica inicial e incompleta ao legalismo jurídico, eles continuariam sendo e se autorreconhecendo trabalhos dos *CLSs*, demonstrando a coexistência de formas de crítica distintas dentro de uma única abordagem[21].

No mínimo, o que podemos perceber, portanto, é que, embora os *CLSs* não sejam uma abordagem individualista, eles se nutrem do realismo jurídico, com o qual guardam muitas semelhanças, constituindo uma abordagem individualista abrangente; e embora os *CLSs* também não sejam de todo uma abordagem estruturalista, eles bebem amplamente das fontes marxistas e de seus argumentos de cunho estrutural. Eles se colocavam num meio termo entre essas duas correntes (HUTCHINSON e MONAHAN, 1984). Assim, ainda que possuam algo único e essencial, como a questão do "indeterminismo" do direito, eles também compartilham diversas questões trazidas por abordagens que enfatizam outras dimensões de análise.

As abordagens de cunho institucionalista: as regras e formas de funcionamento do Poder Judiciário

As abordagens que enfatizam a dimensão institucional têm por unidade de análise, como o próprio nome já diz, as instituições, tomando-as como entidades autônomas e cujas características,

[21] Segundo Hutchinson e Monahan (1984: 221), a visão dos *CLSs* sobre essa ala revisionista não é a de que ela faz simplesmente uma crítica distinta da crítica feita por eles, mas a de que "nem todos estavam de fato comprometidos a construir um caminho diferenciado". A ala revisionista seria apenas "mais do mesmo".

funcionamento, organização e história são elementos essenciais para a explicação dos fenômenos políticos. Elas procuram explicar a política através da atuação das instituições ou através das formas pelas quais elas limitam as ações dos indivíduos e conformam padrões de comportamento. Aqui, as instituições não são mais vistas apenas como instrumentos construídos, moldados e mobilizados pelos sujeitos, ou apenas como instrumentos de legitimação de uma determinada ordenação ou estrutura social. As instituições também moldam os indivíduos e modificam as estruturas sociais.

No campo dos estudos políticos judiciais norte-americanos, nós podemos encontrar trabalhos que enfatizam a dimensão institucional sobretudo na abordagem do institucionalismo histórico, que vêm procurando não apenas resgatar e destacar fatores institucionais para a análise política do Judiciário como também vem tentando realizar uma síntese analítica entre as três dimensões de análise, pensando as instituições entre as ações individuais e as estruturas sociais. Ao tentar empreender tal tarefa, os institucionalistas históricos bebem grandemente em trabalhos que já tentaram realizar essa síntese sob diferentes perspectivas.

A literatura reconhece, sobretudo, a influência da abordagem da jurisprudência política, especialmente dos trabalhos de Martin Shapiro (GILLMAN e CLAYTON, 1999; GILLMAN, 2004; KRITZER, 2003; MAVEETY, 2003b). Tal influência é marcante na medida em que a jurisprudência política não apenas trouxe o direito e as instituições de volta para a análise política do Judiciário como também não descartou a importância da dimensão individual. Para a jurisprudência política, como vimos, a dimensão individual ou a questão da escolha individual é central, pois não haveria como negar que o juiz (por ser um poder político) faz escolhas, não podendo ser substituído por uma máquina programada para simplesmente aplicar regras (SHAPIRO, 1963). Contudo, como também já vimos, seus estudos não sustentavam a mesma visão de indivíduo que o behaviorismo judicial. Se

os behavioristas entendiam o indivíduo sob a chave do cálculo e da racionalidade, os estudiosos da jurisprudência política o entendiam sob a chave do social. Embora não se pudesse mais afirmar que o juiz é um mero aplicador de regras, também não se podia afirmar que ele está isolado com sua racionalidade, pois ele se insere em instituições específicas, com regras e historicidade política próprias.

Ideias semelhantes a essas nós podemos encontrar em outros trabalhos de cunho individualista, muito embora sua influência sobre o institucionalismo histórico seja menos reconhecida pela bibliografia. Em trabalhos de atitudinalistas como Charles Herman Pritchett e Beverly Blair Cook, principalmente, nós pudemos identificar tentativas de relativizar a ideia de indivíduo puramente calculador e estratégico, não apenas levantando a questão ignorada pelos behavioristas puros sobre como se formam os valores dos juízes como também levantando hipóteses e estudos que procuravam mostrar esses mecanismos de formação dos valores individuais, inserindo os juízes tanto no universo institucional das cortes como no âmbito maior da estruturação e ordenação política e cultural da sociedade (EPSTEIN e MATTHER, 2003).

Se nos voltarmos especificamente para os trabalhos produzidos pelos estudiosos do institucionalismo histórico, a influência e semelhança tanto da jurisprudência política quanto dos autores atitudinalistas citados se mostram de forma ainda mais clara. Valendo-se, sobretudo, de estudos de caso e análises comparativas sobre o tema do *judicial empowerment*, os institucionalistas históricos procuram mostrar que a questão individual estratégica é importante, mas insuficiente para explicar a atuação do Judiciário e as transformações institucionais por ele sofridas, sendo necessário averiguar outras questões. Suas investigações empíricas sugerem que se deve olhar com mais atenção para a história e para as experiências passadas dos países estudados, de forma a verificar suas influências e impactos. Sugerem também a importância das ideias ou dos mapas conceituais existentes nesses países no momento em que as regras e as tribunais foram elaborados

e transformados, de forma a mostrar que as escolhas de criação e transformação das instituições judiciais são também possibilidades histórico e socialmente construídas, e não apenas frutos de uma manipulação estratégica espontânea das regras pelos indivíduos (HILBINK, 2008b, 2009; HILBINK e WOODS, 2009).

Para os institucionalistas históricos, a adoção da revisão judicial, por exemplo, não seria apenas uma forma de garantir "segurança política" e "preservação econômica" dos governos que se encontram sob ameaça futura de suas oposições, tal como sugerem autores estratégicos (GINSBURG, 2003; HIRSCHL, 2004; FINKEL, 2008). Eles vão mostrar, por exemplo, que o processo de adoção da revisão judicial pode emergir não necessariamente da iniciativa momentânea das instituições majoritárias ou dos interesses relacionados à política eleitoral, mas do próprio Poder Judiciário, mediante um processo longo de transformação das ideias dos juízes acerca de sua própria função num regime de *rule of law*, saindo de uma ideia positivista de autolimitação para uma ideia liberal de atuação pelos direitos (WOODS, 2003, 2009). Outros argumentam que a revisão judicial pode ser adotada por questões de identificação ideológica (e não de mera instrumentalização estratégica) dos partidos com os pressupostos e os impactos dessas medidas (ERDOS, 2009). Outros, ainda, vão procurar mostrar que não existe apenas uma questão de defesa contra a oposição, mas uma ideia de "missão" de governos que não se encontram sob ameaça, mas que procuram traçar diretrizes específicas de desenvolvimento (SHAMBAYATI e KIRDIS, 2009). Por fim, há os que olham para o desfecho dos processos de adoção da revisão judicial para ver o que os juízes fizeram com esse poder, mostrando a influência das ideias positivistas sobre a percepção dos juízes acerca de seu próprio papel, fazendo-os agir e decidir de forma contrária às suas preferências políticas particulares (HILBINK, 2007, 2008a)[22].

[22] Woods (2003, 2009) se voltou para o estudo da revisão judicial em Israel; Erdos (2009), no Reino Unido e no Canadá; Shambayati e Kirdis (2009), na Turquia; e Hilbink (2007, 2008a), no Chile.

Nesses trabalhos, nota-se que o papel das ideias é fundamental, visto que elas são fatores importantes que permitem diferenciar o modo do institucionalismo histórico de retomar instituições para a análise política dos modos do legalismo jurídico e do behaviorismo judicial padrão, aproximando-se, em grande medida, dos *Critical Legal Studies*. Quando os institucionalistas históricos concluem em suas pesquisas que os juízes "atuam conforme as regras", eles não estão dizendo que os juízes são meros aplicadores das leis. Ou seja, eles não estão retirando o caráter político da atuação dos juízes. Eles acrescentam uma recuperação da história das regras em discussão, não apenas para mostrar os valores políticos e o jogo político em torno delas, mas também para mostrar o seu impacto constitutivo sobre as concepções, valores e comportamentos dos juízes.

Dessa maneira, são trabalhos que, assim como os estudos da jurisprudência política e dos atitudinalistas não padrões, tensionam diferentes dimensões de análise de forma constante, ora pendendo mais para a questão estratégica, ora mais para a questão estrutural, mas agora com um olhar e uma teorização ainda mais forte sobre a importância de se verificar o contexto histórico em que as ideias e as instituições se formaram e se transformaram (PIERSON, 2004; STEINMO, 2008). O recurso à história das instituições judiciais, bem como dos interesses individuais dos juízes e do quadro conceitual de ideias, passa a ser uma "palavra de ordem", pois tudo teria uma historicidade. Ou seja, esses três elementos têm uma trajetória percorrida desde o seu surgimento; e essa trajetória conta muito dos entrelaçamentos possíveis entre eles e das possibilidades de mudança nesse entrelaçar ao longo do tempo. Seria o que seus autores reconhecem como sendo o seu conceito-chave, que é o conceito de "dependência da trajetória" (THELEN, 1999; HALL e TAYLOR, 2003; PIERSON, 2004; BENNETT e ELMAN, 2006; DAVID, 2007): o que os valores, as instituições e as estruturas são hoje depende do que eles foram ontem e assim por diante.

Desse modo, a história não é uma cadeia de eventos independentes, que podem ser buscados como ilustrações de teses e hipóteses. Levar a história a sério significa se manter sempre cético com relação à noção de uma variável ou dimensão explicativa independente. Reconhecer a importância da história sugere uma preocupação explícita de que diversas dimensões importantes podem, e com frequência, formar umas às outras, numa interdependência constante e mutável (STEINMO, 2008).

Do ponto de vista metodológico, os trabalhos do institucionalismo histórico enfrentam as mesmas críticas que as abordagens com as quais eles se assemelham. Por tentarem mobilizar diversas dimensões de análise e métodos que não permitiriam generalizações científicas, suas conclusões acabariam caminhando para um ecletismo ateórico, posto que não conseguiriam alcançar explicações de caráter generalizado, mas apenas de caráter pontual. Com isso, seriam trabalhos mais exploratórios do que explicativos.

Como já vimos, contudo, as análises de caráter exploratório apresentam possibilidades de estudos em profundidade, que ajudam não apenas a mostrar as limitações das análises explicativas de causa e consequência e unidimensionais como também constituem um verdadeiro “celeiro” de hipóteses de pesquisa de âmbito geral. Ou seja, são pesquisas que abrem caminho para outras, uma vez que mostram os limites do que já foi feito e o que ainda está por fazer.

Conclusões: “*Let a hundred flowers bloom*” (Charles Herman Pritchett)

Buscamos mostrar, por meio deste estudo, que é possível fazer uma leitura mais abrangente e menos padrão das diversas abordagens de análise presentes no debate norte-americano sobre o Poder Judiciário, apontando semelhanças e pontos de contato que se dão especialmente por causa da maneira pela qual elas mobilizam as diferentes dimensões de análise.

Vimos que praticamente todas as abordagens individualistas, até mesmo as behavioristas judiciais mais padrões, apresentaram trabalhos que não se contentam com a explicação centrada na escolha e nas preferências políticas individuais, buscando levantar e responder novas questões, e assim adentrando em dimensões institucionais e estruturais de análise. Vimos também que os trabalhos de cunho estruturalista, que tendem a não atribuir autonomia para o indivíduo, acabaram compartilhando visões instrumentalistas das instituições, dando importância aos interesses individuais e, assim, aproximando-se de pressupostos de abordagens de cunho individualista. Por fim, o despertar de recentes trabalhos empíricos de cunho institucionalista nos mostraram a importância e o legado das análises de caráter exploratório, ou seja, daqueles individualistas, estruturalistas e institucionalistas que romperam as margens de suas abordagens e desenvolveram noções mais abrangentes de indivíduo, de instituição e de estrutura.

Embora reconheçamos que os trabalhos que se aventuram pelo caminho da multidimensionalidade ou da análise exploratória apresentam limites claros do ponto de vista da ciência positivista, não produzindo teorias, leis gerais e nem relações claras de causa e consequência, tais críticas parecem um tanto deslocadas ou sem sentido, tendo em vista que não se questiona se esses trabalhos tinham por objetivos os nortes traçados pela ciência positivista. Mesmo que eles assim almejassem, o reconhecimento da importância teórica de análises exploratórias, como estudos em profundidade e das análises de caso, já é uma discussão bastante desenvolvida, de tal modo que o debate em termos de oposição (como fez Gerald Rosenberg ao criticar o trabalho do Michael McCann) chega a parecer ultrapassado.

É importante reconhecer que ambos os tipos de análise, unidimensional e multidimensional, explicativa e exploratória, são passos importantes e ao mesmo tempo limitados para o entendimento do que é, do que faz e de que como atua o Poder Judiciário. Mas o que

se tentou argumentar é que, embora as análises multidimensionais e exploratórias tenham limitações do ponto de vista científico positivista, elas são demonstrativas de que a troca teórica e metodológica entre as diferentes abordagens é inevitável, levando-as a sair de esquemas teóricos e metodológicos rígidos e fechados.

Referências bibliográficas

ABEL, Richard L. (1998). Torts. In: KAIRYS, David (Ed.). *The Politics of Law: a Progressive Critique*. 3rd. ed. Basic Books, p. 445-470.

ALTHUSSER, Louis (1985). *Aparelhos Ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Intr. Crítica José Augusto Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal.

BEARD, Charles A. (2006 [1938]). *The Supreme Court and The Constitution*. Introduction by Alan F. Westin. New York: Dover Publications, INC.

BENNETT, A., ELMAN, C. (2006). Complex causal relations and case study methods: the example of path dependence. *Political Analysis*, n. 14, p-250-267. Oxford University Press.

BENTLEY, Arthur F. (2008 [1908]). *The Process of Government: A Study of Social Pressures*. Introduction by Thelma Z. Lavine. Chicago: University of Chicago Press.

BRADLEY, Robert C. (2003). S. Sidney Ulmer: The Multidimensionality of Judicial Decision Making. In: MAVEETY, Nancy (Ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 101-115.

COLLINS, Hugh (1982). *Marxism and Law*. Oxford: Clarendon Press.

COOK, Beverly Blair (1971). The Socialization of New Federal Judges: Impact on District Court Business. *Washington University Law Quarterly*, v. 1971, n. 2, p. 257-279. Disponível em: http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2779&context=lawreview. Acesso em: 25/07/2013.

COOK, Beverly Blair (1977). Public Opinion and Federal Judicial Policy. *American Journal of Political Science*, v. 21, n. 3 (Aug.), p. 567-600. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2110582. Acesso em: 25/07/2013.

COOK, Beverly Blair (1979). Judicial Policy: Change Over Time. *American Journal of Political Science*, v. 23, n. 1 (Feb.), p. 208-214. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2110781. Acesso em: 13/06/2013.

COOK, Beverly Blair (1981). The First Woman Candidate for the Supreme Court. *Supreme Court Historical Society Yearbook*, 1981, p. 13-34. Disponível em: http://www.supremecourthistory.org/wp-content/themes/supremecourthistory/inc/schs_publications-1981.pdf.

COOK, Beverly Blair (1982). Women as Supreme Court Candidates: From Florence Allen to Sandra Day O'Connor. *Judicature*, v. 65, n. 10, 314-26.

COOK, Beverly Blair (1984). Women Judges: A Preface to Their History. *Golden Gate University Law Review*, v. 14, n. 3, pp. 573-610. Disponível em: http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1332&context=ggulrev. Acesso em: 25/07/2013.

DANELSKI, David J. (1960). The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process of the Supreme Court. Paper apresentado no encontro anual da American Political Science Association. Disponível em: http://epstein.usc.edu/research/supctLawDanelski.pdf.

DANELSKI, David J. (1983). Law from a Political Perspective. *The Western Political Quarterly*, v. 36, n. 4 (Dec.), p. 548-551. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/448583. Acesso em: 28/08/2013.

DAVID, P. A. (2007). Path dependence: a foundational concept for historical social science. *Cliometrica*, n. 1, p. 91-114.

DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie (1986). Domination, Exploitation, and Suffering: Marxisms and the Opening of Closed Systems. Marxism and Law by Hugh Collins; Marx and Justice: The

Radical Critique of Liberalism by Allen E. Buchanan. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 11, n. 4 (Autumn), p. 801-828. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/828297. Acesso em: 12/09/2013.

DOWNS, Anthony (1957). *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper and Row.

ELSTER, Jon (1986). *Rational Choice*. New York: New York University Press.

EPP, Charles R. (1996). Do Bill of Rights Matter? The Canadian Charter of Rights and Freedoms. *The American Political Science Review*, v. 90, n. 4 (Dec.), p. 765-779. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2945841. Acesso em: 04/05/2012.

EPP, Charles R. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Acitivists, and Supreme Court in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press.

EPSTEIN, Lee; MATHER, Lynn (2003). Beverly Blair Cook: The Value of Eclecticism. In: MAVEETY, Nancy (Ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 172-192.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack (1998). *The Choices Justices Make*. Washington, D.C.: CQ Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack (2003). The Interactive Nature of Judicial Decision Making. In: MAVEETY, Nancy (Ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 197-227.

ERDOS, David (2009). Postmaterialistic Social Constituencies and Political Triggers: Explaining Bill of Rights Genesis in Internally Stable, Advanced Democracies. *Political Research Quarterly*, v. 62, n. 4 (Dec.), pp. 798-810. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/25594448. Acesso em: 15/06/2012.

FINKEL, Jodi (2008). *Judicial Review as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. University of Notre Dame.

FISHER III, William; HORWITZ, Mortin J.; REED, Thomas A. (Eds). (1993). *American Legal Realism*. New York, Oxford: Oxford University Press.

FRIEDMAN, Lawrence M. (2005 [1973]). *A History of American Law*. 3rd ed. New York, London, Toronto, Sydney: Simon & Schuster.

GABEL, Peter; FEINMAN, Jay (1998). Contract Law as Ideology. In: KAIRYS, David (Ed.). *The Politics of Law: a Progressive Critique*. 3rd. ed. Basic Books, p. 497-510.

GALANTER, Marc (1974). Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, Litigations and Dispute Processing: Part One (Autmn), p. 95-160. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3053023. Acesso em: 04/05/2012.

GILLMAN, Howard (2004). Martin Shapiro and the Movement form "Old" to "New" Institutionalist Studies in Public Law Scholarship. *Annual Review of Political Science*, n. 7, p. 363-382.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell (Eds.) (1999). *The Supreme Court in American Politics: New Institutionalist Interpretations*. University Press of Kansas.

GINSBURG, Tom (2003). *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press.

GORDON, Robert W. (1998). Some Critical Theories of Law and Their Critics. In: KAIRYS, David (Ed.). *The Politics of Law: a Progressive Critique*. 3rd. ed. Basic Books, p. 641-661.

HALL, P. A., TAYLOR, R. C. R. (2003). As três versões do neo-institucionalismo. *Revista Lua Nova*, n. 58, p. 193-224. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000100010&lng=pt&nrm=iso.

HELMKE, Gretchen (2004). *Courts Under Constraints. Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge University.

HILBINK, Lisa (2007). *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. New York: Cambridge University Press.

HILBINK, Lisa (2008a). Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet's Chile. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Eds.). *Rule by Law: the Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press.

HILBINK, Lisa (2008b). Assessing the New Constitutionalism. *Comparative Politics*, v. 40, n. 2 (Jan.), p. 227-245. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/20434076. Acesso em: 15/06/2012.

HILBINK, Lisa (2009). The Constituted Nature of Constituent's Interests: Historical and Ideational Factores in Judicial Empowerment. *Political Research Quarterly*, v. 62, n. 4 (Dec.), p. 781-797. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/25594447. Acesso em: 15/06/2012.

HILBINK, Lisa; WOODS, Patricia J. (2009). Comparative Sources of Judicial Empowerment: Ideas and Interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n. 4 (Dec.), p. 745-752. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/25594444. Acesso em: 15/06/2012.

HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.

HOLMES, Oliver Wendell (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8 (Mar., 25), p. 457-478. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1322028. Acesso em: 12/07/2013.

HOWARD, J. Woodford (1968). On Fluidity of Judicial Choice. *American Political Science Review*, v. 62, n. 1 (Mar.), p. 43-46. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1953325. Acesso em: 30/07/2013.

HUNT, Allan (1986). The Theory of Critical Legal Studies. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1 (Spring), p. 1-45. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/764467. Acesso em: 12/09/2013.

HUTCHINSON, Allan C.; MONAHAN, Patrick J. (1984). Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought. *Stanford Law Review*, v. 36, n.1/2 (Jan.), p. 199-245. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1228683. Acesso em: 12/07/2013.

KAIRYS, David (1998). Introduction. In: KAIRYS, David (Ed.). *The Politics of Law: a Progressive Critique*. 3rd. ed. Basic Books, p. 1-20.

KENNEDY, Duncan (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 8 (Jun.), p. 1685-1778. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1340104. Acesso em: 08/04/2011.

KRITZER, Herbert M. (2003). Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism. In: MAVEETY, Nancy (Ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 387-419.

LLEWELLYN, Karl N. (1930). A Realistic Jurisprudence – The Next Step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4 (Apr.), p. 431-465. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1114548. Acesso em: 26/08/2013.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. (1989). *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*. New York: The Free Press.

MAVEETY, Nancy (Ed.) (2003a). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press.

MAVEETY, Nancy (2003b). The Study of Judicial Behavior and the Discipline of Political Science. In: MAVEETY, Nancy (Ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 1-51.

MAVEETY, Nancy; MALTESE, John Anthony (2003). J. Woodford Howard Jr.: Fluidity, Strategy, and Analytical Synthesis in Judicial Studies. In: MAVEETY, Nancy (Ed.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 228-247.

MCCANN, Michael W. (1994). *Rigths at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago and London: The University of Chicago Press.

MCCANN, Michael W. (1996). Causal Versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive…). *Law & Society Inquiry*, v. 21, n. 2 (Apring), p. 457-482. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/828850. Acesso em: 12/07/2013.

MCCANN, Michael W. (2008). Litigation and Legal Mobilization. In: WHITTINGTON, Keith F.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Eds). *The Orxford Handbook of Law and Politics*. Oxford, New York: Oxford University Press, p. 522-540.

MCCANN, Michael W. (2010). Poder Judiciário e Mobilização do Direito: Uma Perspectiva dos "Usuários". In: DUARTE, Fernanda; KOERNER, Andrei (Orgs.) *Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*. Anais do Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional – Seção Especial da Revista EMARF (Cadernos Temáticos). Rio de Janeiro: EMARF.

MURPHY, Walter F. (1964). *The Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press.

O'BRIEN, David M. (1983). Reconsidering Whence and Whither Political Jurisprudence. *The Western Political Quarterly*, v. 36, n. 4 (Dec.), p. 558-569. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/448585. Acesso em: 17/01/2013.

PIERSON, P. (2004). *Politics in Time. History, Institutions and Social Analysis*. New Jersey: Princeton University Press.

PRITCHETT, C. Herman (1948). *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*. New York: The MacMillan Company.

PRITCHETT, C. Herman (1968). Public Law and Judicial Behavior. *The Journal of Politics*, v. 30, n. 2 (May, 1968), p. 480-509. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2128450. Acesso em: 06/05/2013.

PRITCHETT, C. Herman; MURPHY, Walter F.; EPSTEIN, Lee. (2002 [1961]). *Courts, Judges, & Politics: An Introduction to the Judicial Process*. 5th ed. New York: McGraw-Hill.

RIKER, William H. (1962). *The Theory of Political Coalitions*. New Haven: Yale University Press.

ROHDE, David W. (1972a). Policy Goals and Opinion Coalitions in the Supreme Court. *Midwest Journal of Political Science*, v. 16, n. 2 (May), p. 208-224. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2110056. Acesso em: 29/07/2013.

ROHDE, David W. (1972b). Policy Goals, Strategic Choice, and Majority Opinion Assignments in the U.S. Supreme Court. *Midwest Journal of Political Science*, v. 16, n. 4 (Nov.), p. 652-682. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2110381. Acesso em: 29/07/2013.

ROHDE, David W., SPAETH, Harold J. (1976). *Supreme Court Decision Making*. San Francisco: W. H. Freeman.

ROSENBERG, Gerald N. (1991). *The Hollow Hope: Can Court Bring About Social Change?* Chicago and London: The University of Chicago Press.

ROSENBERG, Gerald N. (1996). Positivism, Interpretivism, and the Study of Law. *Law & Society Inquiry*, v. 21, n. 2 (Apring), p. 435-455. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/828849. Acesso em: 12/07/2013.

SCHEINGOLD, Stuart A. (2004 [1974]). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. 2 ed. Foreword by Malcolm M. Felley. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

SCHUBERT, Glendon (1963). Civilian Control and Stare Decisis in the Warren Court. In: SCHUBERT, Glendon (Ed.). *Judicial Decision-Making*. London: The Free Press of Glencoe, p. 55-77.

SCHUBERT, Glendon (1964). *Constitutional Politics: The Political Behavior of Supreme Court Justices and the Constitutional Policies That They Make*. New Yort: Holt, Rinehart and Winston, Inc.

SCHUBERT, Glendon (1974a). *The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology*. London: Oxford University Press.

SCHUBERT, Glendon (1974b). *Judicial Policy Making: The Political Role of The Courts*. Introduction by Martin Shapiro. Illinois: Scott, Foresman and Company.

SEGAL, Jeffrey A. (2003). Glendon Schubert: The Judicial Mind. In: MAVEETY, Nancy (Ed.) (2003). *The Pioneers of Judicial Behavior*. The University of Michigan Press, p. 78-100.

SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. (1993). *The Supreme Court and The Attitudinal Model*. Cambridge: Cambridge University Press.

SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. (1996a). The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices. *American Journal of Political Science*, v. 40, n. 4 (Nov.), p. 971-1003. Disponível em: http://www.jstor/stable/2111738. Acesso em: 08/04/2013.

SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. (1996b). Norms, Dragons, and Stare Decisis: A Response. *American Journal of Political Science*, v. 40, n. 4 (Nov.), p. 1064-1082. Disponível em: http://www.jstor/stable/2111743. Acesso em: 08/04/2013.

SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. (2000). The U.S. Supreme Court Judicial Database: Providing New Insights into the Court. *Judicature*, v. 83, n. 5 (Mar/Apr), p. 228-235.

SHAMABAYATI, H.; KIRDIS, E. (2009). In Pursuit of “Contemporary Civilization”: Judicial Empowerment in Turkey. *Political Research Quarterly*, v. 62, n. 4 (Dec.), p. 767-790. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/25594446 . Acesso em: 15/06/2012.

SHAPIRO, Martin (1963). Political Jurisprudence. *Kentuky Law Journal*, v. 52, p. 294-345. Disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2156&context=facpubs.

SHAPIRO, Martin (1983). Recent Developments in Political Jurisprudence. *The Western Political Quarterly*, v. 36, n. 4 (Dec.), p. 541-548. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/4485832. Acesso em: 28/08/2013.

SHAPIRO, Martin (1986). *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago e London: The University of Chicago Press.

SMITH, Rogers M. (1988). Political Jurisprudence, the "New-Institutionalism", and the Future of Public Law. *The American Political Science Review*, v. 82, n. 1 (Mar.), p. 89-108. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1958060. Acesso em: 03/01/2013.

SPAETH, Harold J. (1999a). *Expanded U.S. Supreme Court Judicial Database*. East Lansing, Mich.: Program for Law and Judicial Politics.

SPAETH, Harold J. (1999b). *United States Supreme Court Judicial Database*. East Lansing, Mich.: Program for Law and Judicial Politics.

STEINMO, S. (2008). What is Historical Institutionalism? In: PORTA, D. D., KEATING, M. (Eds.). *Approaches in the Social Sciences*. Disponível em: http://spot.colorado.edu/~steinmo/HI.pdf.

STUMPF, Harry P. (1983). The Recent Past. *The Western Political Quarterly*, v. 36, n. 4 (Dec.), p. 534-541. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/448581. Acesso em: 28/08/2013.

THELEN, Kathelen (1999). Historical Institutionalism in Comparative Politics. Annual Review of Political Science, v. 2, p. 369-404.

THÉRET, B. (2003). As instituições entre as estruturas e as ações. *Revista Lua Nova*, n. 58, p. 225-254.

ULMER, S. Sidney (1963). Leadership in the Michigan Supreme Court. In: SCHUBERT, Glendon (Ed.). *Judicial Decision-Making*. London: The Free Press of Glencoe, p. 13-28.

ULMER, S. Sidney (1969). The Dimensionality of Judicial Voting Behavior. *Midwest Journal of Political Science*, v. 13, n. 3 (Aug.), p. 471-483. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2110235. Acesso em: 24/07/2013.

ULMER, S. Sidney (1972). The Decision to Grant Certiorari as an Indicator to Decisions "On the Merits". *Polity*, v. 4, n. 4 (Summer),

p. 429-447. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3234137. Acesso em: 24/07/2013.

ULMER, S. Sidney; HINTZE, William; KIRKLOSKY, Louise (1972). The Decision to Grant or Deny Certiorari: Further Considerations of Cue Theory. *Law and Society Review*, v. 6, n. 4 (May), p. 637-344. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3052953. Acesso em: 24/07/2013.

ULMER, S. Sidney (1978). Selecting Cases for Supreme Court Review: An Underdog Model. *American Political Science Review*, v. 72, n. 3 (Sep.), p. 902-910. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1955110. Acesso em: 24/07/2013.

ULMER, S. Sidney (1979a). Researching the Supreme Court in a Democratic Pluralist System. *Law and Policy Quarterly*, v. 1, n. 1 (Jan.), p. 53-80. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9930.1979.tb00180.x/pdf. Acesso em: 24/07/2013.

ULMER, S. Sidney (1979b). Parabolic Supports of Civil Liberties Claims: The Case of William O. Douglas. *The Journal of Politics*, v. 41, n. 2 (May), p. 634-639. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2129782. Acesso em: 24/07/2013.

UNGER, Roberto (1983). The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 3 (Jan.), p. 561-675.

WHITTINGTON, Keith E. (2000). Once More Unto the Breach: PostBehavioralist Approaches to Judicial Politics. *Law & Social Inquiry*, v. 25, n. 2, (Spring, 2000), p. 601-634. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/828992. Acesso em 22/01/2013.

WOODS, Patricia J. (2003). Legal Norms and Political Change. *Droit et Société*, v. 55, n. 3 (Dec.), p. 1-27.

WOODS, Patricia J. (2009). The Ideational Foundations of Israel's Constitutional Revolution". *Political Research Quarterly*, v. 62, n. 4 (Dec.),

p. 811-824. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/25594449. Acesso em: 15/06/2012.

ZEMANS, Frances Kahn (1982). Framework for Analysis of Legal Mobilization: A Decision-Making Model. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 7, n. 4 (Autumn), p. 989-1071. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/828252. Acesso em 05/09/2013.

ZEMANS, Frances Kahn (1983). Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in Political System. *The American Political Science Review*, v. 77, n. 3 (Sep.), p. 690-703. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1957268. Acesso em 30/05/2012.

SEGUNDA PARTE
Estudos de caso

CAPÍTULO 4

A CORTE WARREN NO DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS[1]

Andrei Koerner

Introdução

Este capítulo tem como ponto de partida a crítica, realizada em trabalhos anteriores, à problemática do ativismo judicial tal como formulada no debate intelectual e político norte-americano (KOERNER, 2013 e 2016). Apontaram-se as ambiguidades e o caráter polêmico dos termos assim como a função crítica e as questões normativas que eles colocam. A nossa crítica implica a proposta de uma abordagem, de caráter conceitual e histórico, que explore por que o tema se colocou naquele momento determinado, quais as forças e programas que se enfrentaram e qual é a história efetiva desde sua emergência.

Neste capítulo propõe-se um esquema para a análise política do pensamento jurídico que discute essas questões em função das articulações entre mudanças no regime governamental liberal ao intervencionista e do regime constitucional do formalismo ao realismo jurídico. Analisa-se a afirmação dos direitos civis a partir do pós-guerra e promovidos pela Corte Warren como o processo político no qual se evidenciaram os problemas provocados por essas mudanças e em que emergiu a problemática do ativismo judicial.

[1] O presente capítulo foi elaborado nas atividades do GPD-CEIPOC no quadro do projeto do INCT-INEU.

A problemática do ativismo judicial

O termo ativismo começou a ser utilizado no pós-Segunda Guerra, em que se colocou o problema da forma apropriada de decisão judicial em relação às prerrogativas das outras instituições governamentais. Ativismo era adotado do ponto de vista do observador, era associado ao pragmatismo e o progressismo político e tinha sentido positivo por valorizar juízes que utilizavam o *judicial review* para salvaguardar os direitos básicos na democracia. É a partir das decisões da Corte Warren, em especial *Brown v. Board of Education* (1954), que o termo passou a ser crescentemente utilizado pelos protagonistas do processo judicial, inclusive os próprios juízes, que se contrapunham ao realismo jurídico em nome do formalismo jurídico ou da nítida separação entre os campos das decisões judiciais e políticas, e assumia forte carga valorativa negativa em críticas às decisões da Suprema Corte.

Embora a validade conceitual do termo ativismo – assim como o seu complemento, a autocontenção – logo tenha sido posta em questão, ele continuou a ser usado seja como expressão polêmica seja como recurso analítico, com várias tentativas de refinamento conceitual. Num sentido mais geral, a discussão sobre o ativismo judicial seria o exercício de uma função crítica, ou seja, o sinal positivo de uma atividade coletiva e constante de debate na República norte-americana sobre o papel e as formas de atuação apropriadas para o Poder Judiciário. O questionamento da correção e aceitabilidade das decisões judiciais significaria que elas são recebidas e refletidas como a expressão da regra comum de juízo considerada objetivamente válida, porque tendencialmente aceita por todos, para além da sua enunciação. Assim, a problemática do ativismo indicaria a maneira pela qual se dá o debate público sobre o Judiciário e a Constituição nos Estados Unidos.

Porém, os termos da problemática sobre o ativismo judicial são determinados pela questão normativa de estabelecer o papel adequado do Judiciário na democracia. Ela toma o ativismo e seu oposto como dados, e não se questiona sobre a maneira pela qual eles emergiram.

Assim, não se problematizam as práticas e os processos efetivos pelos quais o tema se constituiu historicamente. Por que, sob quais condições, ele apareceu num determinado momento histórico? Por quais processos ele passou e se transformou?

O discurso sobre o ativismo coloca em questão o direito como prática normativa no quadro das democracias constitucionais contemporâneas. Em que grau é possível que padrões de medida normativos para as relações sociais sejam formulados, reconhecidos, aceitos e reivindicados pelos sujeitos? É possível alcançar esses padrões por meio de conceitos e técnicas de decisão judicial?

À análise política do pensamento jurídico coloca-se o desafio de propor questões e estratégias de pesquisa que reconheçam o caráter crítico desses debates e explorem a sua historicidade. Questões que coloquem, para além das pretensões de logicidade e de unidade de teorias e conceitos sobre o direito, os conflitos, fissuras e incertezas do direito, enquanto experiência social de prática e reflexão. Formas de pesquisa que indaguem por que tal problemática emergiu, em que momento isso ocorreu, que forças políticas a suscitaram, quais eram os seus programas e que efeitos provocaram.

Um esquema para a análise política do pensamento jurídico

O debate sobre o ativismo ocorre no campo mais amplo de pesquisas e debates sobre o Judiciário, cujos resultados fornecem elementos para a análise política do pensamento jurídico. Essas pesquisas originam-se das mudanças no pensamento e na prática judicial a partir das transformações históricas do Estado e da sociedade norte-americana, tomam o Poder Judiciário como parte das instituições governamentais, consideram o processo decisório dos tribunais em suas relações com o processo político e analisam o conteúdo das decisões judiciais em suas dimensões cognitiva, estratégica e normativa. Elas servem não só para a crítica às análises do ativismo mas como

ilustrações para abordagens alternativas para a análise política do pensamento jurídico. Indicam, enfim, temas para a análise acerca da reflexão política atual sobre o direito nos Estados Unidos e noutras democracias constitucionais.

O esquema proposto para a análise política da prática judicial realiza-se em dois planos: da ordem constitucional e do processo político. No primeiro analisam-se as relações entre regime governamental e regime constitucional de uma ordem constitucional, e se adota uma perspectiva estrutural e de média a longa duração de mudanças na sociedade. Aborda as mudanças dos modos de produção econômica e relações sociais, dos seus arranjos institucionais e discursos políticos. Nesse plano, caracterizam-se a prática judicial e o pensamento jurídico, mas também podem ser trabalhados outros temas, como projetos políticos, estratégias de ação coletiva, conceitos e técnicas de decisão judicial etc.

Por ordem constitucional entende-se o que é comum e articula instituições, técnicas, espaços e relações sociais, como parte de uma tecnologia de poder e com um projeto, ou programa, de direção da multiplicidade de indivíduos políticos na sua condição de sujeitos de direitos de uma comunidade política[2]. A ordem é constitucional no que se formula como normatividade de uma sociedade que se institui como comunidade política autônoma, ou Estado. Ela tem como saberes as doutrinas relativas à direção do Estado, ao governo político, e como objeto a manutenção da unidade e a conformação de interesses e objetivos compartilhados, as relações entre as partes dirigentes do Estado, das entidades territoriais e das suas divisões funcionais, o governo político da sociedade, a regulação das relações entre grupos e classes, assim como as obrigações, prerrogativas e garantias dos indivíduos.

Regime governamental diz respeito à maneira pela qual a racionalidade governamental se exerce num domínio da experiência social

[2] Essa formulação é esboçada em Koerner, 2013 e elaborada em Koerner 2015a. Ela tem como base os termos propostos por Foucault, 1984a, 1984b, 1984c, 2004a e 2004b, completados por Dean, 1993 e 1996 e Ewald 1993.

nas condições da economia de poder de uma determinada sociedade. Racionalidade governamental refere-se à combinação de tecnologias de poder de uma época e ao agenciamento de objetos, objetivos, instrumentos e meios para efetivar o governo da multiplicidade[3]. Regime constitucional refere-se à articulação, realizada pelas instituições políticas de uma ordem constitucional, das estratégias de poder e saberes da comunidade política numa determinada época e indica a maneira pela qual se programa e reflete a direção política da sociedade e a condução dos indivíduos. Pensamento constitucional refere-se à reflexão sobre a melhor maneira de programar a objetividade do juízo sobre si mesmo e os outros segundo normas, e em função da arte de governar, racionalidade governamental, regras de veridição e tradição jurídica de uma determinada comunidade política.

O segundo plano é o do processo político, que toma esses elementos mais gerais como dados e adota a perspectiva de períodos temporais de curta a média duração. Seu objetivo é realizar a análise contextualizada das interações entre juízes, juristas e agentes políticos em decisões individuais ou séries de decisões judiciais, em situações de eleições críticas, crises políticas, inversões jurisprudenciais etc.

Neste plano, a análise da prática judicial é relacionada com outros fatores políticos e institucionais presentes no processo de tomada de decisão, que incluem os arranjos institucionais concretos, programas, identidades e interesses dos agentes políticos, seus incentivos para a cooperação ou o conflito etc. Embora articulada com o jogo dos atores políticos, a prática judicial guarda a sua especificidade, visto que ela se articula em torno da problemática da justiça, ou seja, da correção ou objetividade do juízo sobre a medida comum das relações entre si e os outros. Na prática judicial formulam-se problemas, doutrinas e conceitos em esquemas interpretativos e repertórios de técnicas e

[3] A racionalidade governamental contemporânea consiste na combinação de três tecnologias de poder: a soberania para obter a obediência dos súditos, a disciplina, voltada à maximização da docilidade e utilidade dos indivíduos, e os mecanismos de segurança para o governo de populações. A combinação das tecnologias de poder se dá segundo as condições e a economia de poder de cada situação sócio-histórica (FOUCAULT, 2004a, KOERNER, 2015b) .

soluções. A maneira pela qual se conhecem, calculam e programam essas técnicas em um determinado período pode ser analisada em termos de regime jurisprudencial.

Os processos judiciais representam oportunidades para a mobilização, tendo em vista a redefinição dos problemas e soluções jurídicos, e as decisões dos tribunais em determinado momento inscrevem e reproduzem o regime jurisprudencial, testam os seus limites e inovam-no. Elas têm implicações diversas para os regimes, no que promovem, facilitam, bloqueiam certos de seus aspectos e abrem ou não oportunidades de ação para os sujeitos. A arte de julgar é a reflexão sobre a prática jurídica, e se elabora em torno do problema da melhor maneira de alcançar a objetividade do juízo, de modo que ele formule uma regra que estabelece a medida das relações entre si e os outros. Ela é parte do pensamento constitucional.

Essa perspectiva permite considerar de forma complementar as dimensões estratégica, normativa e cognitiva das decisões judiciais, colocando-as num quadro conceitual que evidencia o caráter historicamente construído do pensamento constitucional e das suas relações com a racionalidade governamental de uma sociedade.

Na análise que segue, o tema do ativismo assume o caráter de indicador de divergências, na reflexão pública e acadêmica a partir da Corte Warren, sobre a melhor maneira de a prática judicial se elaborar no quadro do regime governamental intervencionista e no regime constitucional do realismo jurídico, tendo em vista a produção da norma, a medida comum, ou, de um modo geral, o direito. Essa perspectiva será apresentada a seguir, com ilustrações de decisões consideradas ativistas: *Lochner v. New York* (1905) e *Brown v. Board of Education* (1954).

Ordem constitucional, regimes e decisões da Suprema Corte

Entre o final do século XIX e meados do século XX ocorre, na ordem constitucional norte-americana, a passagem do regime governamental liberal ao intervencionista[4], e do regime constitucional do formalismo ao realismo jurídico. O regime jurisprudencial apresenta a maneira pela qual a prática judicial articula esses dois elementos.

Liberalismo político e formalismo jurídico

O regime governamental liberal da República norte-americana entre a Reconstrução, após a Guerra da Secessão, e o início do século XX colocava como matéria a governar uma sociedade comercial de indivíduos autônomos e autossuficientes em um território com fronteira aberta. O objetivo era a preservação do máximo de autonomia e a proteção dos direitos individuais, especialmente a liberdade de contrato e propriedade. As técnicas de governo seriam um Estado neutro, livre de facções, e políticas públicas voltadas à promoção de interesses coletivos, controladas pelos tribunais. O direito assumia o caráter de um parâmetro objetivo, na forma da norma superior da Constituição e a racionalidade natural do *common law*, que se colocava em exterioridade às relações e práticas políticas, proporcionando princípios, conceitos abstratos e técnicas objetivas como padrão de medida para as decisões governamentais sobre políticas[5].

O regime constitucional formalista propunha a formulação de um conjunto sistemático e autônomo de conceitos e seu raciocínio era marcado por modos de pensamento categoriais, por classificações claras, distintas, evidentes dos fenômenos legais. Ele aspirava a qualidades de certeza e inexorabilidade lógica e operava com autoconfiança deduções de princípios gerais e analogias entre casos. A objetividade do direito

---

[4] Embora o termo "intervencionismo" tenha a conotação de que o regime liberal seria marcado pelo absenteísmo estatal, ele é utilizado para indicar mudanças na lógica da gestão pública.

[5] Ver Gillman, 1993, Horwitz, 1992, Wiecek, 1998.

era posta na forma supremacial da Constituição e a racionalidade do *common law*. O *common law* seria uma espécie de racionalidade natural e apolítica, por se referir às relações entre indivíduos autônomos, que buscavam seus interesses próprios, e utilizar princípios e regras de equidade e de equilíbrio para preservá-las (HORWITZ, 1992: 9; 27).

O regime jurisprudencial caracterizava-se por tomar a Constituição como norma superior, em que os tribunais a interpretavam e aplicavam segundo os métodos formais de análise conceitual e de decisão. Os juízes determinavam as situações fáticas segundo seu entendimento comum, para o qual utilizavam categorias inerentes para as coisas (HORWITZ, id.: 16, 30). Os tribunais examinavam estritamente a neutralidade das políticas governamentais, a partir do pressuposto de que havia contraposição entre interesse público e interesses privados, e o risco de a legislação ter sido contaminada por esses interesses, dado o caráter de competição e barganha próprios à política. Os tribunais verificariam se os objetivos manifestos eram de fato públicos e se a lei não trazia benefícios ocultos a classes e grupos. Ela se sustentaria apenas se não viesse a favorecer interesses privados ou se, ao fazê-lo, fosse justificada pela preservação da segurança, da saúde e da moralidade da comunidade (GILMAN, id. p. 8, 55, 95-6).

A Décima Quarta Emenda – que limitava o poder dos estados de adotarem leis discriminatórias, e se supunha que não alcançava pessoas privadas – foi interpretada nesse quadro geral. Nos *Civil Rights Cases* (1883), a Suprema Corte julgou que a emenda visava assegurar a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e que não fossem conferidos privilégios nem impostos ônus especiais ou restrições sobre eles (GILLMAN, id.: 9). No caso *Plessy v. Fergusson* (1896), a Suprema Corte julgou que a segregação de brancos e negros não seria discriminatória face à cláusula da igual proteção, se houvesse igualdade de acomodações e serviços. A segregação seria moralmente neutra, como a separação de banheiros para homens e mulheres. O argumento de que a separação das duas raças estampava na raça de cor o selo da

inferioridade seria inválido, porque a desigualdade não decorria do ato de segregação em si, mas estaria na apenas nas mentes dos negros, que escolheram atribuir esse significado a ela (HORWITZ, 1998: 27).

Esse padrão de julgamento foi utilizado pela Suprema Corte no caso *Lochner* (1905), que declarou inconstitucional a lei estadual de Nova Iorque que regulamentava a jornada de trabalho de padeiros[6]. Para a Corte, a lei visava promover interesse parcial de classe, e não o interesse geral, feria a liberdade de contrato e contrariava o entendimento comum de que, *enquanto tal*, o exercício da profissão não causava danos à saúde dos trabalhadores. Em voto vencido, o juiz Holmes afirmava que a maioria ultrapassava as fronteiras da autocontenção judicial, decidia segundo suas preferências subjetivas pelo liberalismo spenceriano e não se baseava nas evidências apresentadas (GILMAN, id.: 127-31; MCCLOSKEY, 2005: 102-4; SCHWARTZ, 1993: 190-202).

Para Gillman, a decisão não foi baseada exclusivamente na ideologia do *laissez-faire*, pois os juízes não visavam impedir toda e qualquer interferência do Estado nas relações de mercado, mas assegurar direitos iguais, bloqueando leis que trouxessem privilégios especiais para certos grupos ou classes. Eles mantinham a orientação jurisprudencial adotada até então, em que se usavam conceitos abstratos para examinar se a legislação visava beneficiar interesses de classe e as situações fáticas. A orientação não evidenciaria o ativismo dos juízes, mas a sua fidelidade a um pensamento jurídico cujas condições desmoronavam (GILLMAN, id.: 3-8; 205). Em outros termos, a decisão traduzia uma forma de pensamento jurídico que se articulou

[6] A questão central era se a classificação especial usada na lei poderia ser racionalizada em termos de legítimo interesse de poder de polícia para a proteção à saúde dos trabalhadores ou se era uma interferência arbitrária, não razoável e desnecessária sobre a liberdade de uma pessoa. Para o relator, Peckham, a lei não envolvia a segurança, moral ou bem-estar do público e o interesse do público não era afetado em nenhuma medida por tal ato. Isto porque a profissão de padeiro *em* e *por si mesma* não podia ser insalubre em grau que justificasse a regulação. A lei poderia ser justificada apenas pela questão da saúde do indivíduo que tem a ocupação de padeiro, mas não havia fundamento razoável para considerá-la necessária ou apropriada como uma lei de saúde pública. Havia apenas uma relação incerta entre o número de horas trabalhadas em uma profissão e a saúde da pessoa, e assim a Corte deveria evitar que essa questão fosse utilizada como pretexto para passar a legislação de classe (GILLMAN, id.: 127-30; SCHWARTZ, 1993: 190-202).

ao regime governamental liberal desde a Reconstrução, e as reações negativas que provocou deviam-se à sua inadequação às mudanças das condições e nas práticas de governo, que se processavam em decorrência dos conflitos políticos e econômicos.

Intervencionismo estatal e realismo jurídico

Desde o início do século XX, mas de forma definitiva com o *New Deal,* conforma-se um novo regime governamental. Redefinem-se as relações entre a União e os estados, e da administração pública e a economia, com a criação de arranjos e arenas institucionais para a concertação da decisão entre administradores públicos, grandes corporações e sindicatos. Adotam-se novas formas de gestão da economia e a ampliação dos instrumentos, dos domínios e da intensidade da ação governamental. Alteraram-se a lógica das relações e a forma de articulação entre atores estatais e privados.

O novo regime governamental intervencionista tem como objeto uma sociedade industrial de grandes corporações, produtora de desequilíbrios e desigualdades sociais contrários às condições da autonomia individual. O objetivo do governo é assegurar a estabilidade sistêmica da economia de mercado e as condições para a igualdade de oportunidades dos indivíduos, garantindo suas condições mínimas de subsistência e removendo os obstáculos para o exercício de seus direitos e defesa de seus interesses (GILLMAN, id.: 149-154). As técnicas utilizadas são o acoplamento da autoridade pública aos domínios sociais, por meio de agências especializadas nas quais ocorre a cooperação ativa entre administradores públicos e grupos de interesse, e o monitoramento, pela autoridade pública, da dinâmica da sociedade, visando à ação mensurada e prospectiva sobre os processos sociais e econômicos.

O regime constitucional do realismo jurídico considera que os sujeitos têm uma relação mutável com a norma, pois o que o significado e valor da Constituição e das regras jurídicas se tornam é apreciado em função da sua adequação atual a princípios básicos e

valores dominantes da sociedade, assim como pela sua capacidade de apoiar o governo a atingir objetivos coletivos. O poder administrativo é justificado pela *expertise*, pois se procura distinguir a política da administração, a primeira como a expressão e a segunda como a execução da vontade do Estado. Com o desenvolvimento das agências administrativas a tradição científica toma corpo e os juízes perdem as condições de fazer controles estritos sobre elas (HORWITZ, 1992: 215-24).

No processo judicial utilizam-se as formas de juízo teleológico e as regras do conhecimento científico para a tomada de decisão. A nova relação com a norma é promovida pelo realismo jurídico, que criticava o pensamento clássico, atacando suas próprias bases: a sua fé na coerência e integridade das categorias jurídicas, separadas por fronteiras claras e domínios de realidades distintos, em que os casos duvidosos poderiam ser resolvidos por testes intelectuais (MICHAUT, 2000). Para os críticos do formalismo, este produzia a naturalização e a essencialização das práticas sociais existentes e das categorias que as legitimavam. Se as categorias não tinham essência, suas diferenças não eram de natureza, mas de grau. As linhas divisórias entre elas poderiam ser produzidas e estabelecidas por testes de balanços de custos e benefícios (HORWITZ, 1992: 199-200).

O novo regime jurisprudencial atribui ao governo e ao Congresso o papel de conhecer e decidir sobre as necessidades da sociedade, os objetivos coletivos e os meios adequados para atingi-los. O exame judicial parte do pressuposto da validade das normas e atos dos outros poderes, verifica se há razoável relação entre diagnósticos, meios e fins, se eles são compatíveis com os princípios igualitários e liberais, e se não têm objetivos ou efeitos discriminatórios ou arbitrários em relação a certas classes da população (CUSHMAN, 1998: 74-91)[7]. Então,

[7] Quanto à série de decisões em que houve a inversão da jurisprudência sobre os poderes de polícia, há controvérsia a respeito da relevância da pressão do governo Roosevelt sobre a Suprema Corte para aprovar as medidas do *New Deal*, para a "revolução jurisprudencial" daqueles anos. Ver Cushman (1998), Friedman (2009), Gordon (1998), Kalman (1998 e 1999), White (2000).

o problema examinado pelos tribunais não é se as normas e atos governamentais promovem interesses coletivos ou atingem direitos de um modo absoluto, mas se eles são razoáveis para atingir os objetivos coletivos. A validade de normas e atos é examinada em função da relação entre os meios e os fins visados, assim como dos princípios e valores que são por elas atingidos. Daí decorre o escalonamento das formas de exame e apreciação judicial, segundo a doutrina dos valores prioritários (ROOSEVELT III, id.: 30-6).

Esse novo regime jurisprudencial é por vezes caracterizado como deferência dos juízes aos representantes eleitos. Ela seria necessária devido às características do processo judicial, em particular a decisão caso a caso, a demora e custos, além da capacidade limitada dos juízes de recolherem informações e de formularem soluções adequadas aos problemas com que se defrontam. No entanto, a relação parece ser menos de deferência do que de um novo esquema de cooperação entre os poderes do Estado para alcançar os objetivos governamentais. Se no regime liberal o Judiciário realizava uma espécie de checagem externa e estática para preservar a neutralidade do Estado, garantir a igualdade perante a lei e limitar os efeitos da luta de facções e dos interesses de grupos e classes, no regime intervencionista o Judiciário passa a calibrar de maneira dinâmica as decisões governamentais. Sua atuação não se limita a bloquear os efeitos negativos das medidas governamentais sobre os direitos e liberdades de indivíduos e grupos, pois ela também as apoia ao verificar a manutenção das condições adequadas para a produção e a remoção dos obstáculos para a promoção do bem-estar e da autonomia daqueles indivíduos e grupos.

Porém, se a legitimidade dos administradores não eleitos decorria de sua *expertise* e o direito deveria promover os valores sociais atuais dominantes, ficava em aberto a questão do *rule of law*. Já na segunda metade dos anos trinta, a prática judicial ultrapassou as formulações mais simples do realismo jurídico para compatibilizar a limitação constitucional dos poderes e os direitos individuais com

a nova abordagem dinâmica e finalista dos processos de decisão social. Na decisão do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) foram enunciadas hipóteses de exame judicial mais rigoroso: as que envolvem direitos individuais, a manutenção do processo democrático e a proteção de minorias. A presunção de validade das leis seria menos poderosa quando elas restringem a vida e a liberdade, e nelas o escrutínio da decisão do legislativo pelas cortes seria feito com mais cuidado. (SCHWARTZ, 1993: 282).

A Corte passa a ser deferente ao governo em questões econômicas e de segurança, mas a partir de então começa a realizar apreciação mais rigorosa em situações que envolvem o exercício de direitos individuais e toma decisões pela proteção de direitos. Os liberais da Warren Court compartilhavam essa visão da adaptação dos grandes princípios da Constituição às necessidades e problemas correntes (HORWITZ, 1998: 114), e sua jurisprudência já estava virtualmente contida em decisões do período progressista e do *New Deal*. Elas eram a face "ativa" da Corte – o da sua atuação de proteger e promover direitos civis e políticos – complementar à sua abstenção em atuação "sistêmica" do governo na gestão da economia e da sociedade.

O caso *Brown v. Board of Education* (1954)

A decisão do caso *Brown v. Board of Education* (1954), embora não fosse previsível e talvez inviável sem a liderança do *Chief Justice* Warren, está no cerne do regime governamental do intervencionismo e é parte complementar do pragmatismo adotado pelo realismo jurídico. Ela inovou na maneira pela qual superou o precedente do caso *Plessy* e como abordou a questão da discriminação. O precedente poderia ter sido diretamente superado por nova decisão que lhe fosse frontalmente contrária ou poderia ter sido esvaziado pelo exame rigoroso pela Corte das condições das instalações e serviços, o que viria a tornar a segregação inviável. Na década de 1930, a Suprema Corte adotou esta segunda via ao decidir contra a segregação em temas como o ensino

superior, transportes interestaduais e contratos comerciais entre empresas de estados diferentes. A Corte indicava que adotaria novas decisões contra a segregação nos temas prioritários da educação e do direito de voto (MCCLOSKEY, id.: 140-4).

Mas a decisão do caso *Brown* adotou outra abordagem, pois não buscou o significado do texto pela análise conceitual e deixou a história de lado, em relação à intenção original da Décima Quarta Emenda, ao papel da educação pública e aos conhecimentos de psicologia. Não se poderia "voltar o relógio" ao tempo da emenda ou da decisão do caso *Plessy.* Para decidir a questão, o ponto central era a relevância da educação pública na sua própria atualidade e seu papel na sociedade democrática. A educação era fundamental para a consciência da cidadania, o desenvolvimento profissional e o ajuste dos indivíduos à sociedade. Se o Estado promovia a educação aos indivíduos, ela deveria ser disponibilizada em condições de igualdade para todos. A análise da igualdade de condições não se resumia às instalações e condições materiais, mas a dimensões subjetivas, sobre as quais a psicologia mostrava que a segregação feita com base em raça gerava sentimento de inferioridade e afetava a motivação das crianças negras a respeito do seu *status* na comunidade. Daí concluía que a segregação era "inerentemente desigual" e uma privação da proteção igual das leis garantida pela Décima Quarta Emenda. A decisão era curta, para que pudesse ser reproduzida integralmente nos jornais do país; escrita em linguagem simples, para ser lida por leigos; e não emocional e não acusatória, para não ampliar o descontentamento dos sulistas (SCHWARTZ, id.: 298-9; POWE, id.; HORWITZ, 1998: 26).

Os críticos da decisão tomaram-na ao pé da letra, para atacar seus fundamentos, argumentação, conclusão e impactos, e apontá-la como o protótipo do ativismo da Suprema Corte. Os fundamentos seriam falhos porque a questão foi enfocada do ponto de vista de seus efeitos e não dos princípios, e considerava a Constituição cambiante, como uma função da organização social. A argumentação não

resolveria as questões suscitadas, por não discutir os fundamentos de *Plessy*, basear-se não em termos de direito ou de entendimento comum mas em apenas alguns dados da psicologia, sem discutir evidências contrárias. A conclusão limitava-se a declarar a inconstitucionalidade, sem determinar consequências práticas imediatas, o que seria um contrassenso numa decisão judicial[8]. Em seus impactos, ela desafiava o *way of life* do Sul, com a afirmação de que ele era errado na sociedade democrática, trazendo consequências de amplo alcance e reações imprevisíveis (POWE, id.: 27-40; SCHWARTZ, id.: 309).

Mas, para além da letra da decisão, a análise do processo decisório revela as imposições que estavam em jogo e o papel de liderança do *Chief Justice* Warren. A questão fora discutida desde 1952, mas a Corte estava dividida, embora o resultado provável fosse favorável ao autor. Warren conduziu o caso à sua maneira, tomou-o para si mesmo como relator e abriu discussão sem tomada de votos, que era o procedimento usual. Ele examinou diretamente a questão da correção da segregação face ao princípio de igualdade numa sociedade democrática, diante da qual argumentos jurídicos tradicionais pareciam inadequados e aliados moralmente à defesa de doutrinas racistas (POWE, id.: 28, 45; SCHWARTZ, id.: 293). Com exceção do juiz Reed, os demais juízes não divergiam sobre o caráter discriminatório da segregação, mas sobre outros pontos, como o problema federativo, a deferência ao Legislativo e as reações dos estados do Sul. Uma decisão não unânime seria enfraquecida, pois os votos vencidos dariam aos opositores bases para resistir em nome de outras soluções possíveis. Nessas condições, o texto foi laboriosamente negociado, de modo a obter uma formulação aceitável para todos os juízes, alguns deles de origem sulista e com fortes vínculos políticos com estados do Sul. A ausência de consequências diretas resultava, sobretudo, da posição

[8] No ano seguinte, depois de novas audiências, a decisão conhecida como *Brown II* indicou que a dessegregação seria implementada gradualmente sob a supervisão dos juízes e tribunais federais.

de Frankfurter, o campeão da autocontenção, para quem caberia aos poderes políticos determinar as medidas de implementação[9].

As falhas aparentes do texto da decisão não são deficiências de redação ou de argumentação, mas uma combinação de ditos e não ditos capaz de produzir um resultado compartilhado e aceitável. Os juízes, apesar de suas divergências, compuseram uma decisão conforme os princípios aceitos – a igualdade perante a lei, a proteção judicial – e a compatibilizaram com outros aspectos institucionais e reações esperadas. Desse modo, fizeram valer os princípios e prepararam sua implementação, ponderando implicitamente as consequências da decisão.

A decisão de *Brown* está em linha de continuidade com a jurisprudência do *New Deal* sobre as decisões econômicas. Em sua expressão textual e resultados elas são diferentes, até opostas, pois a primeira declara inconstitucionalidade, supera precedentes e produz impactos de largo alcance, enquanto as segundas adotam a deferência ao legislador e aparentemente não produzem efeitos. Mas a decisão *Brown* foi além das decisões do *New Deal* ao submeter a exame mais rigoroso as normas sobre direitos individuais que tivessem efeitos discriminatórios sobre minorias da população, ao rejeitar argumentos históricos e enfocar os efeitos negativos das normas existentes, considerando-as como obstáculos instituídos ao pleno exercício de direitos que deveriam, portanto, ser removidos. Então, nas duas situações a questão é examinada do ponto de vista dos princípios da sociedade democrática, a validade das normas é considerada segundo seu significado e efeitos na atualidade, as evidências baseiam-se em conhecimentos científicos e a decisão se dá segundo a sua adequação à produção da liberdade individual e à igualdade de oportunidades numa sociedade capitalista avançada, marcada pelo confronto de sujeitos e forças desiguais.

---

[9] *Brown* invalidou as leis de 21 estados e *Boilling* a do distrito de Colúmbia. Os quatro estados do Oeste e o distrito iriam rapidamente abandonar a segregação; outros seis, que não haviam participado da Confederação, também, mas sem entusiasmo. Os cinco estados do Sul iriam resistir durante a década seguinte até a aprovação do *Civil Rights Act* em 1964 (POWE, id.: 54).

A análise da prática judicial no processo político

A decisão de *Brown* faz parte de um conjunto mais amplo de decisões da Corte Warren sobre direitos civis, e ela mesma está inserida num determinado contexto político e social. Nesta seção apresentam-se proposições e argumentos para a análise da prática judicial no processo político, de modo a considerar de forma complementar as dimensões estratégica e normativa das decisões judiciais[10]. Apresentam-se ilustrações sobre as relações entre jurisprudência e política, com referências à Corte Warren e o contraponto com a Corte Rehnquist, sobre as quais disputa-se o epíteto de "a mais ativista da história dos Estados Unidos". As proposições visam se contrapor a pesquisas que se baseiam em modelos atitudinais e estratégicos do comportamento dos juízes e que realizam análises descontextualizadas das decisões judiciais.

Não há aumento contínuo das decisões de invalidação de leis pela Suprema Corte. Estudos históricos sobre o padrão de suas decisões concluíram que a invalidação do número de leis federais apresentou um crescimento muito lento e, para as leis estaduais, o aumento configura ciclos relacionados a certas áreas ou questões problemáticas. Não houve um conjunto uniforme de forças em operação em todos os ciclos de aumento da invalidação de leis e, pois, não se poderia afirmar a presença de uma causa única subjacente a eles, sendo que o fator mais próximo seria o realinhamento partidário, considerado como condição necessária, mas não suficiente, para que houvesse tal aumento em alguns períodos. Os ciclos teriam sua própria dinâmica, provocados por mudanças políticas, econômicas ou sociais, teriam como foco certas questões, às quais os juízes dariam determinadas respostas, que gerariam incertezas e conflitos, até haver nova acomodação sobre as regras relativas às questões postas (CALDEIRA & MCCRONE, 1982: 122-3, GATES, 1992, FRIEDMAN, 2009).

A Corte Warren e a do *New Deal* derrubaram numerosos precedentes, mais do que em outras épocas. A transformação do *New*

[10] Essa seção é uma reelaboração de discussão apresentada em Koerner, 2013.

Deal derrubou 30 precedentes, mas era limitada a três áreas: a expansão do poder nacional, a retirada da proteção constitucional a pretensões econômicas e a incipiente jurisprudência das liberdades civis. A Corte Warren derrubou 45 precedentes, dos quais 33 entre 1963-1969, com mudanças em virtualmente todas as áreas do direito constitucional (POWE, id.: 486). Mas elas não foram o prenúncio de uma atividade crescente e contínua de invalidação de leis. Nos anos seguintes, as cortes conservadoras reverteram apenas parcialmente os precedentes liberais.

A orientação jurisprudencial está associada, mas não em relação causal direta, com preferências dos juízes ou suas alianças com os partidos ou lideranças políticas. As filiações dos juízes aos partidos são indicativos precários dos seus votos nas questões críticas, pois não se verifica apoio automático dos juízes da Suprema Corte aos partidos, sequer a respeito das questões que levaram ao realinhamento partidário em eleições críticas. A defasagem teria várias razões, como as concepções pessoais dos juízes sobre o processo judicial, a desvinculação dos juízes com a política eleitoral, a defasagem entre os momentos de nomeação dos juízes e a emergência da polarização partidária, e, ainda, ao fato de que, tal como acontece no Congresso, as questões críticas dividem os juízes de maneira nova e incerta à medida que chegam à Corte (GATES, 1992: 133-4; 161-85).

Os juízes nomeados depois de 1937, com poucas exceções, compartilhavam um *ethos* favorável aos direitos civis (MCCLOSKEY, id.: 140). Todos os juízes haviam sido nomeados pelos democratas, mas estavam divididos sobre a dessegregação, política apoiada pelo presidente, mas controversa no próprio partido. Os votos contrários a ela colocavam outros temas como o respeito ao precedente, o direito de os estados se auto-organizarem e a espera de sua iniciativa ou do Congresso[11]. Embora ela não fosse posta no programa dos republicanos,

[11] Apenas um dos juízes sulistas da Corte, Reed, afirmava a correção da doutrina da segregação de *Plessy*, os demais tinham outras razões para mantê-la. Rehnquist, então assistente do juiz Jackson, escreveu em 1952 que a decisão *Plessy* era correta e deveria ser mantida (SCHWARZ, 1993: 287-90).

foi iniciada e promovida por Warren, ex-governador da Califórnia e importante liderança deste partido.

Nixon defendia a autocontenção judicial, mas no seu governo a Suprema Corte foi provocada a desempenhar um papel ativo para reverter decisões anteriores sobre o estado regulador da economia e a proteção social. Assim, o propósito dos republicanos não era a deferência ao legislador, mas a cooperação da Corte com sua agenda. No entanto, a Suprema Corte não reverteu ao longo dos anos setenta os precedentes favoráveis aos direitos civis (CHEMERINSKY, 2010: 16-7; KECK, id.: 108; 143; 156-7).

A agenda das cortes não tem sido autogerada. As características institucionais do Judiciário[12], a tradição jurídica e a própria concepção que os juízes fazem de seu papel são fatores explicativos para que a atuação dos tribunais se dê em resposta a questões e demandas postas pelos agentes políticos e sociais. Os tribunais inovam, sobretudo, pela adoção de conceitos e técnicas de decisão. No conteúdo, as mudanças jurisprudenciais se dão em resposta a problemas públicos e, em geral, em consonância com fortes tendências da opinião pública. Decisões que, sem apoio público, se afastam de forma injustificada dos padrões jurisprudenciais sofrem forte rejeição, provocam represálias dos outros agentes políticos e acabam contornadas ou suplantadas (FRIEDMAN, 2009).

A questão da igualdade racial estava posta na agenda política norte-americana do pós-guerra. A economia de guerra deveria ser reconvertida, para manter o nível de atividade e reintegrar os antigos combatentes à vida civil, o que foi feito por meio de políticas de investimento, crédito, emprego e educação. As tropas que tinham lutado contra Hitler eram segregadas, mas os antigos soldados negros não se dispunham a retornar à antiga situação; cinco milhões de negros haviam emigrado para cidades do Norte, onde tinham peso eleitoral

[12] Os juízes têm vínculos políticos, mas não controlam forças políticas organizadas, não têm atribuições formais de iniciativa política e direção do Estado; assim, não comandam os agentes públicos, não dispõem dos recursos econômicos e nem controlam instrumentos de violência.

relevante em eleições presidenciais; havia nova determinação de movimentos sociais para lutar contra o racismo institucionalizado (SCHWARTZ, 1998: 18). Houve fatos com forte carga simbólica, como a integração de jogadores negros na equipe nacional de basebol em 1947. A publicação de *An American Dilemma,* em 1944, de Gunnar Myrdal, provocou o debate sobre a segregação na educação ao mostrar os seus efeitos para os negros. A segregação era importante na política externa, pois os Estados Unidos pretendiam a liderança de países "livres", dos quais faziam parte as novas nações "não brancas" recentemente emancipadas, enquanto a União Soviética denunciava o racismo no país (MCCLOSKEY, id.: 149; POWE, id.: 35).

O presidente Harry Truman introduziu a questão controversa da igualdade racial no seu programa por um *Fair Deal.* Os republicanos tinham a maioria no Congresso, mas não se manifestavam sobre a questão, diante do bloqueio dos representantes do Sul no Congresso. Em 1948, Truman enviou mensagem ao Congresso demandando medidas para promover os direitos civis. Com a iniciativa, ele buscava reforçar o seu apoio político entre a população negra e o eleitorado progressista do Norte. Mas ela provocou a oposição dos sulistas no seu partido, que quase bloquearam a sua indicação como candidato para a eleição de 1948, e, em seguida, lançaram o *States Rights Movement,* tendo como candidato à Presidência Strom Thurmond, governador da Carolina do Sul. Com a eleição de Eisenhower em 1952, a questão foi silenciada no debate público, dado que os republicanos não se posicionavam claramente sobre o assunto. (HORWITZ, 1998: 20; POWE, id.: 48).

Na década de sessenta, a reação conservadora contra as decisões liberais da Suprema Corte foi promovida pelos republicanos em suas campanhas eleitorais. Em 1964, Barry Goldwater atacou a Corte como exercendo poder fora da Constituição e, em 1968, a campanha de Nixon teve como tema central a crítica ao ativismo da Corte Warren, com a promessa, por ele cumprida, de nomear juízes que se declarassem pela autocontenção. Criticavam as decisões da Corte sobre direitos,

seguridade social, regulação econômica e em casos criminais. Estas últimas eram tomadas como alvo porque as preferências de juízes liberais teriam gerado o aumento da criminalidade. Os democratas do Sul também utilizaram essas críticas contra a Corte, depois de perderem o apoio quanto à questão da segregação. Casos de obscenidade e de religião foram explorados para atribuir à Corte a culpa pelo aumento da depravação moral de uma sociedade que ia para o inferno (POWE, id.: 495-6).

Agentes situados em espaços institucionais distintos têm incentivos para cooperarem. Os legisladores delegam poderes às cortes por várias razões: quando há questões complexas, que só podem ser decididas caso a caso; para ampliar a supervisão judicial sobre a administração pública; para evitar impasse, se a regra for detalhada; para evitar custos da decisão, dada a divisão no eleitorado ou entre grupos de interesses altamente organizados. O presidente da República o faz para priorizar a sua agenda, manter sua coalizão política e se proteger de ataques da oposição e de outros atores. Uma Corte amigável ajuda a diminuir os custos da ação coletiva, a dissuadir dissidentes e a efetivar compromissos que apresentam custos eleitorais. Se o presidente tem bases frágeis de sustentação ou visa reformar o regime governamental, ele poderá se aliar ao Judiciário para promover sua agenda e se defender contra invasões e desafios de opositores (LOWELL, 2003: 3-33; WHITTINGTON, 2007).

No pós-Segunda Guerra, qualquer projeto legislativo para a promoção dos direitos civis seria barrado num dos comitês da Câmara ou no Senado, pois os sulistas tinham peso desproporcional, pela super-representação dos seus estados, e controlavam os comitês pelo sistema de senioridade. Para contornar o bloqueio, Truman favoreceu iniciativas junto ao Judiciário, promovidas pelo *Attorney-general* e o Departamento de Justiça, os intermediários entre a Presidência, a Suprema Corte e a administração federal. O Departamento de Justiça passou a sinalizar à Corte que era favorável a que *Plessy* fosse superada.

Ele iniciou, em conjunto com organizações de direitos civis e de advogados, ações para derrubar as leis segregacionistas e promover a proteção dos direitos dos negros nos estados do Sul. A própria ação *Brown vs. Board*, promovida pela NAACP, foi iniciada em 1952 sob instâncias do Departamento (GATES, id.: 143; CLAYTON, id.: 4-6; 120-71).

No governo Nixon, o Departamento de Justiça adotou nova orientação junto às cortes a respeito de temas como as garantias no processo penal e a proteção dos direitos civis. No governo Reagan, o Departamento de Justiça promoveu sua agenda conservadora sobre os direitos e a desregulação da economia. Edwin Meese orientou os procuradores a adotarem uma estratégia seletiva de promoção de processos judiciais, com a qual deixou de promover ações judiciais para efetivar leis às quais o governo se opunha, abandonou as posições jurídicas que o governo federal sustentava durante décadas e acionou a Suprema Corte para reverter precedentes que eram contrários às suas políticas (CLAYTON, 1992).

A Corte reage de modos diversos aos incentivos, pois tem suas próprias lógicas de ação, agendas substantivas e prioridades. Ao se colocarem novas questões à Corte, suas decisões passam a ter impacto maior, a mobilização amplia suas bases de apoio político e tendem a diminuir os riscos de represálias. Porém, o presidente e os legisladores mantêm sua capacidade de represália e assim podem contornar, confrontar decisões ou limitar poderes das cortes. A atuação das cortes envolve, então, lógicas de ação distintas, estratagema dos representantes eleitos e ambição de juízes. Quando o equilíbrio se rompe, torna-se provável que as decisões dos juízes encontrarão sérias resistências e reações dos representantes (WHITTINGTON, 2007).

Depois de *Brown*, a maioria da Suprema Corte era pela implementação gradual da dessegregação, mas com início imediato, inclusive nos estados do Sul. Mas o presidente Eisenhower não apoiou abertamente a decisão e propôs que a dessegregação não fosse implementada

imediatamente[13]. A decisão de *Brown II* refletia essa falta de apoio do Executivo federal, ao não adotar tal orientação, o que foi interpretado no Sul como uma vitória. Ela tinha como base a tese de Frankfurter, para quem a questão não seria mais constitucional, mas de políticas, voltadas ao ajuste do sistema social. Apesar da reticência do presidente, a Corte fez com que a decisão de *Brown* produzisse efeitos, embora limitados, ao transferir a responsabilidade pela implementação aos estados, em que os comitês escolares locais deveriam elaborar planos, sob a supervisão dos juízes federais lotados nas próprias localidades (POWE, id.: 55).

Quando chegaram ao poder a partir de 1968, os republicanos enfrentaram a escolha difícil de promover a autocontenção judicial que mantinha a jurisprudência liberal ou utilizar o seu novo controle das cortes para ajudar a desmantelá-la. Durante a Corte Burger a crítica conservadora ao ativismo foi mantida, mas eles começaram a articular sua própria versão de constitucionalismo baseado em direitos, fundamentada na crítica ao liberalismo da nova direita. No governo Reagan, o *Attorney General* Edwin Meese pressionava por uma jurisprudência baseada na intenção original dos Fundadores da Constituição. Porém, a Suprema Corte não atendeu diretamente às suas pressões por reverter a jurisprudência liberal, pois a maioria de juízes passou a decidir num sentido conservador (limitação dos poderes do Congresso, da regulação de atividades econômicas e de políticas de ação afirmativa), ao mesmo tempo em que mantinha orientações liberais estabelecidas em outros temas (devido processo substantivo, aborto) (KECK, id.: 156-7).

[13] Eisenhower considerava a decisão de *Brown* um erro e nunca manifestou apoio público às decisões de dessegregação da Suprema Corte. Mais tarde, lamentou ter nomeado Warren para o cargo de *Chief Justice,* que seria o mais grave erro que havia cometido no governo. No entanto, ordenou aos funcionários do distrito de Colúmbia que cumprissem a decisão, para dar o exemplo de dessegregação pacífica, disponibilizou tropas federais para garantir a execução das decisões nos estados e não nomeou juízes que viessem a questionar *Brown* (POWE, id.: 35-6; SCHWARZ, 1983: 92; 98).

O papel político da Suprema Corte foi amplo e complexo, e seria problemático determinar um papel histórico uniforme desempenhado por ela, como o seu caráter contramajoritário. A Suprema Corte foi mobilizada por importantes atores políticos e sociais para decidir sobre questões críticas, suas decisões iniciaram ou prolongaram controvérsias, com forte impacto sobre a luta partidária e a política dos estados. A mobilização política e social desencadeou uma dinâmica de fortalecimento do controle da constitucionalidade e a Corte emitiu fortes mensagens para alguns atores fazê-lo (MCCANN, 2010).

As decisões judiciais, em particular em judicial review*, podem gerar estratégias de resistência e contramobilização.* Decisões judiciais provocam efeitos sobre interações estratégicas complexas, fornecendo modelos e parâmetros normativos, os quais são adotados pelos agentes como recursos adicionais para suas próprias ações, antecipações da conduta de outros agentes e, ainda, predições de decisões judiciais e ação das autoridades públicas. Daí que decisões judiciais não produzem necessariamente aquiescência, mas respostas dos agentes em função de seus padrões normativos. Indivíduos, grupos sociais ou os próprios legisladores desenvolvem estratégias de resistência, contorno ou desafio direto à decisão (MCCANN, 1999: 69-70).

O caso *Brown* representou a culminância de mais de uma década de ataques legais orquestrados contra a segregação junto ao Judiciário, promovidos pela NAACP sob a condução de T. Marshall. O momento era favorável, devido a tendências da Suprema Corte, sinais do governo federal, o apoio de elites jurídicas e o ciclo de expansão dos movimentos progressistas. A estratégia de *Brown* resultou de uma decisão arriscada da NAACP de atacar *Plessy* diretamente, dado que a reversão era bastante improvável. A Suprema Corte já exercia a limitação dos efeitos de *Plessy*, mas essa via era limitada pelas dificuldades, custos e tempo de documentar cada caso de segregação nas milhares de escolas do Sul. Uma decisão que questionasse ou limitasse a segregação teria um significado moral e simbólico mais

forte, mostrando que a questão era de legitimidade constitucional e moral (HORWITZ, 1998: 15, 21-2).

A resposta do Sul à decisão *Brown* produziu o mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à legitimidade da Suprema Corte e do *rule of law.* Ao menos 80% dos sulistas brancos eram contra o fim da segregação, os políticos dos estados da Confederação condenaram a decisão e propuseram o *impeachment* de Warren e a limitação da jurisdição da Suprema Corte. Eles iniciaram uma campanha pela "Declaração dos Princípios Constitucionais", o "Manifesto do Sul", assinado por 101 dos seus 128 representantes no Congresso, que proclamou que a decisão de *Brown* era inconstitucional e encorajou a resistência massiva a ela. O manifesto não foi condenado pelos políticos do Norte, o presidente Eisenhower manteve-se em silêncio e retirou a implementação de *Brown* do programa do partido em 1956, ano em que disputaria a reeleição. Seu oponente, Stevenson, também se omitiu. (POWE, id., p. 34-61).

Os governos estaduais suprimiram o financiamento público às escolas e funcionários reivindicavam o direito de desobedecer a decisão por considerá-la inconstitucional. Criaram-se conselhos de cidadãos para manter a ortodoxia racial e se promoveram campanhas de opinião, para mostrar que era correto desobedecer à decisão. Promoveram-se intimidações de juízes federais, advogados da NAACP, militantes dos direitos civis e mesmo daqueles que pretendiam exercer seus direitos iguais. A resistência violenta chegou ao ponto máximo nos enfrentamentos de Little Rock, quando o presidente Eisenhower autorizou o envio de tropas federais para garantir a autoridade da Corte (HORWITZ, 1998: 15, 30-1).

Por sua vez, as táticas do movimento de direitos civis foram desde boicotes econômicos até marchas de massas e ocupação de restaurantes segregados. As marchas desencadearam represálias e prisões de manifestantes, pois os donos de restaurantes invocavam a proteção ao direito de propriedade. Colocaram-se novas questões

jurídicas, como a extensão da igual proteção contra indivíduos e em espaços privados, além de questões criminais e de direito de associação, utilizadas pelos segregacionistas para bloquear a atuação das entidades de direitos civis. Apesar dos conflitos, a Corte manteve o apoio à dessegregação e aos movimentos de direitos civis, ao decidir em seu favor essas diversas questões jurídicas. Embora alguns juízes tenham ficado intimidados, a Corte relaxou as detenções pelos mais variados motivos. Quando o juiz Black recuou, formou-se nova maioria pela punição dos manifestantes, mas seus colegas bloquearam os processos até que a questão foi extinta, pela aprovação do *Civil Rights Act* em 1964 (HORWITZ, 1998: 32-3; POWE, id.: 27).

O contexto político e social em que as cortes estão inseridas é estruturado significativamente. A análise deve estar atenta a mudanças mais amplas e a alterações de longo prazo no significado e impacto social das doutrinas. Elas são conformadas por investimentos políticos a propósito de conflitos interpretativos entre grupos sociais, mas também podem ser o efeito de processos sem propósitos explícitos nem direção organizada.

No pós-Segunda Guerra, o Departamento de Justiça, organizações de direitos civis e associações de juristas atuaram em conjunto para mudarem a formação e estratégias de ação dos juristas. Formou-se um conjunto de organizações de sustentação da orientação reformista entre as profissões jurídicas, tais como a *NAACP, American Civil Liberties Union* e a própria *American Bar Association.* Nos anos setenta, os conservadores, diante do seu fracasso em derrubar a jurisprudência favorável aos direitos civis, investiram na modificação da "comunidade de intérpretes" da Constituição. Por meio de fundações e centros de pesquisa em todo o país, investiram na formação de uma nova elite jurídica, com a criação de entidades como o *Law and Economics Center,* na Universidade de Miami, a *Olin Foundation,* a *Federalist Society,* o *Center for Individual Rights* e o *Institute for Justice*. Formou-se uma rede de empreendedores políticos e intelectuais para introduzir novas

ideias jurídicas, realizar manifestações públicas, promover a litigação e estabelecer conexões para apoiar candidatos ao Judiciário. Nos anos oitenta, a agenda conservadora era sustentada por juízes dos tribunais federais e da Suprema Corte, o que assegurava o sucesso de suas iniciativas. Ao longo do período, as organizações conservadoras reformularam suas ideias a respeito da autocontenção do Judiciário e o *strict constructionism*, passando a defender a noção de intenção original dos Fundadores e, enfim, o sentido original da Constituição. Daí que sua estratégia em relação à decisão *Brown* vs. *Board* passou da limitação das suas implicações para a crítica de sua falta de fundamento e a proposição de interpretações insubordinadas a ela (TELES, 2008: 179; 220-1; 279)[14].

Há polivalência tática de doutrinas e conceitos jurídicos e *reversibilidade política dos modelos e técnicas de decisão.* Os progressistas tanto quanto os conservadores defenderam técnicas de decisão de exame estrito ou pressuposto da razoabilidade, de deferência ou de invalidação etc. As posições mudaram ao longo do tempo em função dos partidos no governo, dos temas e do sentido dos precedentes. Inversões semelhantes ocorreram com os próprios discursos sobre o ativismo, que foram adotados para expressar apoio ou resistência à orientação das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que exploram os limites da validade das decisões judiciais e colocam a questão normativa do papel apropriado do Poder Judiciário.

Ao longo do período verifica-se o deslocamento dos críticos, dos esquemas teóricos e do conteúdo das decisões judiciais qualificadas de ativistas. Até o *New Deal*, os conservadores defendiam a atuação da Suprema Corte, que realizava exame estrito das leis por meio de

[14] De uma perspectiva mais ampla, a Corte Warren podia presumir, na sua primeira década, que havia um conjunto idealizado de valores públicos que eram compartilhados pelos americanos: o fim da segregação, o abandono do vitorianismo ultrapassado, deixar a questão religiosa como uma decisão pessoal, a igualdade de direitos de voto e o controle da violência policial. Mas o consenso implícito sobre valores públicos se desintegrou e eles passaram a ser considerados políticos, recebendo a oposição de significativo setor de políticos e do eleitorado. Passaram a ser denunciados como valores dos democratas, elites urbanas e intelectuais do Leste. Os grupos de interesses liberais é que se tornavam minorias insulares e discretas no país (POWE, id.: 496-7).

categorias abstratas, a fim de assegurar a igualdade perante a lei e a liberdade econômica. Depois de 1937, as decisões da Corte no campo da política econômica eram defendidas pelos reformadores progressistas, pois partiam do pressuposto da razoabilidade do legislador, enfocavam a questão constitucional do ponto de vista dos seus efeitos para a sociedade atual, mas que implicavam a reversão de precedentes estabelecidos. No caso *Brown*, a Corte Warren não pressupunha a razoabilidade do legislador nem assumia deferência em relação às suas decisões, e realizava um exame estrito das normas, resultando na invalidação de inúmeras leis federais e estaduais. Assim, embora a lógica fosse do regime jurisprudencial do intervencionismo, utilizava a técnica do exame estrito das leis adotada pelos formalistas. Por sua vez, os conservadores, que anteriormente defenderam o exame estrito das normas segundo o pensamento formalista, passavam a defender a deferência da Corte ao legislador após o *New Deal* e depois da decisão *Brown.* Quando voltaram ao poder, já no governo Nixon, os conservadores passaram a defender a atuação da Corte para a derrubada dos precedentes firmados nos anos anteriores. A partir de 1986, a Corte Rehnquist reorientou a jurisprudência num sentido conservador, sem adotar os parâmetros da contenção judicial. Desse modo, juristas e acadêmicos liberais apropriaram-se do termo *judicial activism* para formular agudas críticas à "Corte mais ativista da história norte-americana" (CHEMERINSKY, 2010; KECK, 2004: 156-7).

Conclusão

Este capítulo partiu da discussão sobre as insuficiências da problemática do ativismo e, diante da sua permanência nos debates constitucionais da atualidade, colocou a questão da sua emergência, das forças e os efeitos que produziram. Propôs-se um esquema para a análise política do pensamento jurídico, com dois planos de análise, o da ordem constitucional e do processo político. A análise foi centrada na emergência da questão do ativismo após a Segunda Guerra

e em função das decisões da Corte Warren em prol dos direitos civis. O discurso sobre o ativismo emerge no debate acadêmico e político norte-americano em resposta a essas decisões da Corte Warren, que não mais se limitaram a acomodar os princípios constitucionais e objetivos de uma sociedade democrática às estruturas sociais e padrões de dominação vigentes, mas passaram a utilizá-las para mudá-los, com o propósito de preservar o processo democrático, proteger minorias e assegurar a igualdade de oportunidades. O regime governamental intervencionista e o regime constitucional do realismo jurídico implicaram a redefinição das relações entre Estado e sociedade, e a assunção de novos papéis pelas agências estatais, incluídos os juízes. As decisões da Corte Warren estavam em sintonia com as mudanças na ordem constitucional e as orientações políticas reformistas de responsáveis políticos e a opinião pública.

As reações às decisões da Corte Warren relevam menos de problemas técnicos, como sua falta de fundamentação, e mais de oposições políticas ao seu conteúdo. Ou seja, as acusações de ativismo colocam em discussão a correção e adequação das decisões judiciais ao papel dos tribunais, mas são motivadas pela oposição ao valor e efetividade dos princípios igualitários para toda a população. O que está em jogo, então, são divisões políticas na sociedade norte-americana sobre a ordem constitucional, o conteúdo e alcance dos direitos e liberdades, assim como o papel do governo e do Judiciário na promoção.

Os críticos do ativismo opõem-se às decisões que lhes parecem incorretas, por meio da invocação de modalidades de julgamento do regime constitucional anterior. Mas eles fazem parte do novo regime, na medida em que partem da crítica realista ao *gap* entre normas gerais, os dados fáticos e a decisão do juiz e do ideal de contenção do realismo da primeira metade do século XX, combinando-os com o formalismo do pensamento jurídico do século XIX. A combinação é usada para apreciar a prática judicial do novo regime e para propugnar o retorno a parâmetros fixos – como a intenção ou o sentido original

do texto – para a jurisdição constitucional ao legislador. De todo modo, o seu intuito é produzir efeitos no novo regime constitucional. Mas as inconsistências no discurso e na ação dos críticos ao ativismo revela seus impasses no novo regime, posto que eles visam a limitação dos direitos por meio da autocontenção dos juízes e o retorno ao formalismo jurídico, mas também adotam decisões judiciais que podem ser consideradas ativistas.

A problemática do ativismo evidencia a questão do regime jurisprudencial adequado ao regime governamental intervencionista e ao regime constitucional do realismo jurídico consolidado a partir do *New Deal.* Desde então houve intenso investimento sobre as questões colocadas à decisão judicial e foram habitualmente polarizados e intensificados os conflitos sobre prática judicial, e, assim, alteraram-se as condições institucionais e sociais para a atuação das cortes. As reformas neoliberais alteraram esse esquema, mas não o modificaram fundamentalmente. Deste modo, para além da discussão do ativismo e das divisões políticas da sociedade norte-americana, a análise das decisões da Corte Warren e as inflexões da jurisprudência da Suprema Corte nas décadas seguintes são relevantes para a reflexão sobre os problemas constitucionais contemporâneos e para evidenciar pontos relevantes para a análise política das decisões judiciais.

Referências bibliográficas

Caldeira, Gregory. A. e McCrone, Donald. Of Time and Judicial Activism: A Study of the US Supreme Court (1800-1973). In: S. Halpern e C. Lamb (org.). *Supreme Court Activism and Restraint.* Lexington: Lexington Books, 1982, p.103-28.

Chemerinsky, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010.

Clayton, Cornell. *The Politics of Justice. The Attorney General and the Making of Legal Policy*. New York: M. E. Sharpe ed., 1992.

Cox, Archibald. *The Warren Court – Constitutional Decision as an Instrument of Reform.* Cambridge, Ma: Harvard UP, 1968.

Cushman, Barry. *Rethinking the New Court – The Structure of a Constitutional Revolution.* Okford UP, 1998.

Dean, M. Foucault, Government and the enfolding of authority. In: A. Barry, T. Osborne*, et al* (Ed.). *Foucault and Political Reason - Liberalism, neo-liberalism and the rationalities of government*. Londres: UCL Press, 1996, p.189-208.

____. *Governmentality – Power and Rule in Modern Society.* Londres: SAGE, 1999.

______, Ed. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa: Vega Ed., 1993

Foucault, Michel. *Histoire de la Sexualité, Vol. 2 – L´Usage des Plaisirs*. Paris: Gallimard. 1984a.

______. Le pouvoir: comment s´exerce-t-il? In: H. Dreyfuss e P. Rabinow (Ed.). *Michel Foucault - Un Parcours Philosophique*. Paris: Gallimard, 1984b, p.308-321.

______. Pourquoi étudier le pouvoir: la question du sujet. In: H. Dreyfuss e P. Rabinow (Ed.). *Michel Foucault - Un Parcours Philosophique*. Paris: Gallimard, 1984c, p.297-307.

______. *Securité, Territoire, Population - Cours au Collège de France, 1977-1978*. Paris: Gallimard, Seuil. 2004a.

______. *La Naissance de la Biopolitique - Cours au Collège de France, 1978-1979*. Paris: Gallimard, Seuil. 2004b.

Friedman, B. 2009. *The Will of the People.* New York: Farrar, Straus and Giroux.

Gates, John. *The Supreme Court and Partisan Realignement - A Macro and Microlevel Perspective*. Boulder: Westview Press, 1992.

Gillman, Howard. *The Constitution Besieged – The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence.* Duke UP, 1993.

Gordon, Colin. "Rethinking the New Deal." *Columbia Law Review*, v. 98, n. 8, p.2029-2054, 1998.

Halpern, S. e Lamb, C. (org.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982.

Horwitz, Morton. *The Transformation of American Law (1870-1960) – The Crisis of legal Orthodoxy.* Oxford UP, 1992.

____. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill & Wang, 1998.

International Political Science Review n° 15(2), abril de 1994.

Kalman, Laura. *The strange career of legal liberalism*. Yale University Press, 1998.

____. "Law, Politics, and the New Deal (s)." *Yale Law Journal* Vol. 108, No. 8, p. 2165-2213, 1999.

Keck, Thomas. *The Most Activist Supreme Court in History - the road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

Koerner, Andrei, 2013. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, p. 69-86, 2013.

____, 2016. O Ativismo Judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos – uma análise crítica. *Lua Nova*, n. 99, p. 233-256, 2016. Lovell, George. *Legislative Deferrals. Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. Cambridge, UK: Cambridge U.P., 2003.

McCann, Michael. "How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutionalist Perspectives." In *The Supreme Court in American Politics - New Institutionalist Interpretation*, edited by Howard; Clayton Gillman, C. Lawrence: University Press of Kansas, 1999. 63 - 97

____. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos 'usuários'. *Revista EMARF, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional*, n° especial, dez/2010, p.175-196.

McCloskey, Robert. *The American Supreme Court.* Chicago: Chicago UP, 4a. ed., 2005.

Michaut, F. *La Recherche d´un Nouveau Paradigme de la Décision Judiciaire à Travers un Siècle de Doctrine Américaine*. Paris: L´Harmattan. 2000.

Powe, Jr., Lucas. *The Warren Court and American Politics.* Cambridge, MA: The Belknap Press or Harvard UP, 2000.

Roosevelt III, Kermith. *The Myth of Judicial Activism - Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale: Yale UP. 2006.

Schwartz, Bernard. *A History of the Supreme Court*. Oxford: Oxford UP, 1993.

____. *Inside the Warren Court.* New York: Dubleday & Co., 1983.

Schwartz, Herman, Ed. *The Rehnquist Court - Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wanged. 2002.

Teles, Stephen M. *The Rise of Conservative Legal Movement - The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton U.P. 2008.

Whittington, Keith. E. *Political Foundations of Judicial Supremacy - The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton U.P. 2007.

Wiecek, William, *The Lost World of Classical Legal Thought – Law and Ideology in America, 1886-1937.* Oxford: Oxford UP, 1998.

CAPÍTULO 5

PROCESSO DECISÓRIO NA SUPREMA CORTE E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL[1]

Karen Sakalauska[2]

Introdução

A Suprema Corte norte-americana é uma instituição de enorme importância para a construção constitucional nos Estados Unidos e serviu de inspiração para a criação do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. Era modelo para os republicanos, em especial para Rui Barbosa, e teria sido para o próprio imperador D. Pedro II, que ao final do Segundo Reinado ansiava por implantar reformas federalistas e liberais no Império (KOERNER, 2010; RODRIGUES, 1991).

Mas, apesar do propósito de se construir o Supremo Tribunal Federal tal como a Suprema Corte, as condições políticas e os modelos procedimentais foram diferentes. A despeito disso, os pesquisadores de ciência política têm buscado na literatura norte-americana ferramentas metodológicas e nortes teóricos[3] para o estudo empírico do Supremo Tribunal Federal, sem considerar que elas são pensadas a partir das particularidades da Suprema Corte dos Estados Unidos. Por este motivo, nossa intenção no presente capítulo é apresentar as

[1] O presente capítulo foi elaborado nas atividades do GPD-CEIPOC no quadro do projeto do INCT-INEU. Foi preparado como parte do trabalho de dissertação em ciência política intitulada “O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais de direitos humanos: uma análise política das decisões judiciais”, defendida em 2013, e atualizado para esta coletânea.

[2] Agradeço a Andrei Koerner pelos comentários e sugestões feitas a este capítulo.

[3] Sobre as principais abordagens para o estudo de cortes, ver capítulos 2 e 3.

linhas gerais do processo decisório nos dois tribunais, partindo da premissa de que o conhecimento sistemático das diferenças existentes entre tais processos decisórios é importante para o empreendimento de análises empíricas de decisões do Supremo Tribunal Federal. O entendimento das particularidades dos procedimentos e regras da corte brasileira é uma etapa preliminar para a análise do comportamento dos seus ministros e para fomentar a elaboração de um modelo formal de análise do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Trataremos a seguir das principais regras, procedimentos e elementos estratégicos presentes nas fases de seleção e julgamento das ações, em cada uma das cortes.

O processo decisório na Suprema Corte norte-americana

A Suprema Corte norte-americana está no topo do sistema judiciário federal. Ela é composta por nove juízes (*justices*) nomeados pelo presidente dos EUA e confirmados pela maioria simples do Senado Federal, servindo por toda a vida. O presidente tende a nomear para a corte pessoas com inclinações políticas semelhantes às suas. Exemplo bastante conhecido é o do presidente Franklin Roosevelt que, após reeleito em 1936, escolheu juízes aptos a apoiarem suas opiniões sobre os poderes econômicos do governo federal e que defendessem os princípios do *New Deal*. Segundo Baum (1987), não raro os presidentes ou seus representantes (membros do Departamento de Justiça) interrogam os candidatos a respeito de suas posições sobre importantes temas e preferências políticas. Normalmente, os juízes nomeados gozavam de alta posição no governo, na advocacia particular ou no ensino universitário e, em diversas oportunidades, possuíam vínculos partidários e tiveram carreiras na política.

A Suprema Corte é investida de competências originárias e competências recursais. As competências originárias são assim chamadas porque os casos são levados diretamente à Corte, sua ocorrência é

rara, e elas incluem as disputas em que os estados sejam partes e os casos que envolvem embaixadores. A Suprema Corte também é competente para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelas cortes federais de apelação, pelas cortes de apelação especializadas do sistema federal, pelas cortes supremas estaduais que declararam a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso e determinados casos oriundos de tribunais distritais. A maior parte das petições chega à Suprema Corte sob a forma de *writ of certiorari,* um pedido de revisão da decisão estabelecida por instância inferior.

É por meio da tomada de decisão nesses casos que se estabelecem princípios e doutrinas que influenciam a política e o direito nacionais. As decisões[4] dos juízes da Suprema Corte não apenas decidem controvérsias, elas também são fontes do direito e de políticas e têm impacto sobre toda a nação, devido ao princípio da *judicial supremacy*, ou seja, o caráter final da interpretação da Constituição estabelecida pela Suprema Corte e seu efeito vinculante para os demais agentes. Portanto, compreender quais casos chegam a julgamento e as regras do processo decisório é uma etapa importante para as análises da Corte e de como os juízes decidem os casos.

Nas linhas a seguir descreveremos os principais momentos do processo decisório na Suprema Corte, destacando suas regras e características marcantes. Para tanto, partimos da etapa inicial de seleção dos casos.

Os casos apresentados à Suprema Corte passam, inicialmente, por uma triagem. Uma característica importante do processo decisório na Suprema Corte é que os juízes e seus assistentes têm considerável poder discricionário para escolher quais casos serão apreciados. Com esse poder, o tribunal define sua agenda. No entanto, por conta do sigilo envolvido, parte do que se sabe da etapa de seleção dos casos é baseada nas notas privadas de juízes aposentados. De fato, a Corte exerce total controle sobre sua pauta, possuindo ampla liberdade para

[4] A decisão da Suprema Corte é formada de *opinions.* É o que chamamos de votos.

determinar quais casos serão apreciados e quais serão rejeitados. Assim, em um ano judiciário (*term*), são endereçadas em média 8.000 petições à Suprema Corte, sendo que dessas aproximadamente 80 são aceitas e recebem completa apreciação e julgamento de mérito[5].

De início, as petições são consideradas pelos juízes individualmente. Essa triagem inicial conta com o auxílio dos assistentes (*clerks)*, que elaboram relatórios e sumários sobre os casos, recomendando a concessão do *certiorari* (*for granting*) ou a sua denegação (*for denying*). Após essa primeira triagem, promove-se uma seleção coletiva dos pedidos em conferência na Corte. O juiz presidente (*Chief Justice*) faz circular uma lista para exame (*discuss list*), contendo os casos considerados dignos de apreciação pela Corte, que podem ser acrescidos de outros casos por proposta dos demais juízes. Todos os demais casos, não constantes na lista, são automaticamente negados. Tradicionalmente, para que o caso seja ouvido é preciso que ele receba o voto de pelo menos quatro dos nove juízes que compõem a Corte. Essa é a chamada *Rule of Four*. A decisão que concede ou nega a apreciação de um pedido não é fundamentada, vale dizer, a Corte anuncia apenas se concedeu ou não o *certiorari*, sem apresentar as razões de seu convencimento. A negação do *certiorari* mantém rigorosamente intocável a decisão da instância inferior, indicando apenas que a Corte decidiu não examinar o caso. Ela não significa que a Corte concorda com o teor ou resultado da decisão (NEUBAUER e MEINHOLD, 2009).

Com efeito, essa discricionariedade na seleção dos casos é afetada por alguns fatores, que podem ser considerados de duas ordens: legais e políticos.

Na primeira ordem de fatores, para um caso ser aceito ele precisa atender aos critérios técnicos. A petição deve satisfazer os requisitos de competência e legitimidade das partes e observar as normas presentes

---

[5] Segundo os dados apresentados por Neubauer e Meinhold (2009), no ano judiciário de 2006, por exemplo, a Corte recebeu 8.902 casos, e destes 8.536 foram negados, 278 foram decididos sumariamente (sem argumentação oral e sem completa opinião escrita) e apenas 88 foram completamente decididos.

no Regimento da Suprema Corte (*Rules of Supreme Court of the United States*). Dentre essas normas, os ditames da *Rule 10*[6] são especialmente relevantes nesse estágio preliminar (MURPHY, PRITCHETT e Epstein, 2002; NEUBAUER e MEINHOLD, 2009; PINTO, 2006).

Como a maioria dos casos atende aos requisitos técnicos e jurídicos para a admissão, os juízes selecionam os que serão julgados segundo a sua relevância, o que envolve tanto aspectos jurídico-constitucionais como a política constitucional orientada pela maioria da Corte. Segundo Murphy, Pritchett e Epstein (2002), são três os fatores políticos particularmente influentes na seleção dos casos: 1) o governo federal como litigante; 2) a presença de *amicus curiae briefs*[7]*;* e 3) as preferências políticas e ideológicas dos juízes.

O governo federal dos Estados Unidos é parte em grande número de casos que chegam à Suprema Corte e é o gabinete do procurador-geral (*U.S. Solicitor General*) que administra os interesses dessa esfera do governo nas demandas judiciais perante a Corte. O procurador-geral

---

[6] Prevista na Parte III do Regimento da Suprema Corte, a Regra 10 estabelece considerações que orientam a concessão do writ of certiorari: "Regra 10: Considerações Diretivas da Revisão sobre Certiorari: A decisão sobre o writ of certiorari não é uma matéria de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição de writ of certiorari somente será admitida se houver razões fortes. As seguintes disposições, apesar de não controlarem ou limitarem completamente a discricionariedade da Corte, indicam a natureza das razões que a Corte considera: (a) uma corte de apelação dos Estados Unidos proferiu uma decisão em conflito com a decisão de outra corte de apelação sobre a mesma e importante questão; decidiu uma questão federal importante de uma forma que conflita com a decisão de uma corte estadual de última instância, ou se afastou do curso aceito e comum do procedimento judicial, ou ratificou um afastamento por uma corte inferior de forma tal a ser chamada para o exercício do poder de revisão da Corte; (b) uma corte estadual de última instância decidiu uma questão federal importante de uma forma que conflita com a decisão de outra corte estadual de última instância ou de uma corte de apelação dos Estados Unidos; (c) uma corte estadual ou uma corte de apelação dos Estados Unidos decidiu uma questão de direito federal importante que não tenha sido, mas deveria ser, resolvida por esta Corte, ou tenha decidido uma questão de direito federal importante de uma maneira conflitante com decisões pertinentes desta Corte. Um pedido de writ of certiorari raramente é concedido quando o erro consiste na afirmação de constatações de fatos equivocados ou na má aplicação de uma regra propriamente dita do direito." (Tradução nossa a partir do original).

[7] A expressão latina amicus curiae significa "amigo da Corte". O termo é utilizado para indicar sujeitos que não são partes de um processo, mas acreditam que o caso em julgamento poderá afetá-los e, como tal, defendem um determinado resultado, apresentando argumentos e reforçando o pedido de uma das partes. Sobre o assunto, ver artigo breve e elucidativo de Adhemar Ferreira Maciel sobre o instituto: Amicus Curiae: um instituto democrático. Revista de Informação Legislativa, v. 38, n. 153, p. 7-10, jan./mar. de 2002.

não apenas representa os Estados Unidos perante a Suprema Corte mas também decide em quais casos irão apelar quando vencidos nas instâncias federais inferiores. Decide, ainda, se os Estados Unidos irão apresentar *amicus curiae brief* ou buscarão a reapreciação da questão em outro caso[8] (BLACK e OWENS, 2009).

O relacionamento estreito do procurador-geral com a Corte faz com que os estudiosos se refiram a ele como o "décimo juiz" (*tenth justice*) (CALDEIRA e WRIGHT, 1988; BAILEY, KAMOIE e MALTZMAN, 2005). A bibliografia observa que ele tem sido um litigante de extraordinário êxito perante o tribunal. Em elevada porcentagem seus casos são selecionados, recebendo a concessão do *certiorari* e a apreciação do mérito (BAUM, 1987; MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002; BLACK e OWENS, 2009b). Atribui-se parte desse êxito à sua *expertise*. O procurador-geral e seu gabinete são especialistas em demandas perante a Suprema Corte e adquirem conhecimento e técnica diferenciada para estruturar os pedidos, tornando-os objeto de mais atenção dos *justices* e aumentando, em consequência, as chances de obter apreciação de mérito. A *expertise* também está ligada ao fato de o procurador-geral ser um "jogador repetido" (*repeat player*), engajado em muitos casos relacionados perante a Corte (BAILEY, KAMOIE e MALTZMAN, 2005).

Além da *expertise* nos litígios perante a Corte, o sucesso do procurador-geral advém da seletividade. Os juízes esperam que o procurador-geral filtre os casos, analisando-os cuidadosamente e levando à Corte apenas as questões de maior importância. O procurador-geral não endereça à Corte altos índices de petições, não sobrecarrega o estoque de processos, mas seleciona os mais relevantes. Com isso, conquista maior credibilidade dos juízes (BAUM, 1987; MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002). Por fim, o sucesso também pode sugerir que os juízes têm consciência do seu papel e tendem a não ignorar os interesses dos EUA representados judicialmente pelo procurador-geral

[8] Segundo Nicholson e Collins Jr (2007), durante os anos forenses de 1953-1999, o Procurador-Geral participou como litigante em quase 40% dos casos da Suprema Corte e apresentou amicus curiae em quase 20% deles, seja a convite do tribunal, seja por iniciativa própria.

(MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002), dando especial atenção às preocupações do Executivo.

O segundo fator político que influencia a seleção dos casos é a presença de *amicus curiae briefs*. O instituto do *amicus curiae* possibilita que sujeitos não partes do processo defendam um determinado resultado perante a Corte, apresentando argumentos e reforçando o pedido de um dos lados no litígio. A bibliografia é clara em salientar que o suporte de *amicus curiae* aumenta as chances de o caso ser ouvido pela Corte e múltiplos *briefs* têm significativo efeito sobre os juízes (CALDEIRA e WRIGHT, 1988; MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002). Essa participação funciona como organizações de interesses perante a Corte, tal como os lobistas frente aos legisladores (KRISLOV, 1963; EPSTEIN e KNIGHT, 1999; COLLINS JR, 2007).

A Suprema Corte é sensível às demandas e preferências dos interesses organizados na definição de sua agenda. Os interesses organizados são influentes porque fornecem informações para os juízes sobre a natureza das forças em jogo no litígio (CALDEIRA e WRIGHT, 1988). Fornecem informações valiosas sobre as preferências dos outros atores políticos (como o Congresso, o presidente, os estados e o público em geral), habilitando os juízes a maximizarem suas preferências e a formularem sua posição conscientes do contexto em que operam (EPSTEIN e KNIGHT, 1999).

Por fim, a ideologia dos juízes também influencia a seleção dos casos na Suprema Corte. Esse fator se traduz na tendência de os juízes votarem pela aceitação de casos nos quais a decisão da instância inferior foi contrária à sua orientação política. Assim, uma Corte com orientação mais liberal tende a aceitar um caso decidido de modo mais conservador (BAUM, 1987; MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002). Neste sentido, o *Chief Justice* Rehnquist certa vez reconheceu: "Há uma divisão ideológica na Corte, e cada um de nós tem alguns casos que gostaria de ver concedidos e que, pelo contrário, outros membros não gostariam de ver concedidos." No entanto, lembra Baum (1987),

a importância das preferências políticas e ideológicas na triagem dos casos não deve ser exagerada, pois em geral as decisões de denegação na triagem são unânimes. É na fase de votação de mérito que as preferências desempenham papel central.

Pesquisas de ciência política asseveram que os juízes estão engajados em comportamentos estratégicos nesse estágio inicial do processo decisório. A ampla discricionariedade e os poucos constrangimentos incidentes nessa etapa são fortes incentivos para eles possam exercer considerações estratégicas quando conjecturam as possíveis implicações da admissão de cada caso de seu voto. Assim, antes de votar pela concessão do *certiorari*, cada juiz avalia quais as chances de sua posição, naquele caso, ser vencedora no mérito. Cada qual age para maximizar seus interesses por meio de duas estratégias em particular: concessões agressivas (*aggressive grants*) e negações defensivas (*defensive denials)* (PERRY,1991; CALDEIRA, WRIGHT e ZORN, 1999).

Uma concessão agressiva ocorre quando um juiz concorda com a decisão da instância inferior, mas vota para conceder o *certiorari*, pois acredita que a confirmação da maioria fará com que a questão se fortaleça juridicamente, tornando-se precedente vinculante (*law of the land*). De outro modo, quando, mesmo não concordando com a decisão da instância inferior, o juiz nega o *certiorari* por acreditar que será perdedor na decisão de mérito, ele está empreendendo uma negação defensiva.

Após o trabalho pioneiro de Glendon A. Schubert, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959), com considerações sobre o comportamento estratégico no estágio do *certiorari*, uma série de estudos dedicaram-se a encontrar respaldo empírico para as estratégias acima destacadas. Boucher e Segal (1995) avaliam essa bibliografia e sintetizam:

> Para resumir, na melhor das hipóteses, a literatura atual sobre votação estratégica no *certiorari* é uma miscelânea. Provine

> argumenta que o voto no *certiorari* é um processo legal, e não estratégico. Perry afirma que é essencialmente não estratégico, mas há ocasiões em que juízes se envolvem em negações defensivas e concessões agressivas. Palmer descobre o voto estratégico, mas não faz distinção entre negações defensivas e concessões agressivas. Schubert também afirma que a votação no *certiorari* é um processo inerentemente estratégico, mas também é um processo em que juízes se envolvem apenas em negações defensivas. Finalmente, Krol e Brenner argumentam, em trabalho recente, que os juízes se envolvem na correção de erros, mas não no que rotulam de estratégia de previsão, ou seja, o que chamamos de voto estratégico (BOUCHER e SEGAL, 1995, p. 826).

Estudando durante oito anos a Corte Vinson, os autores encontraram fortes evidências de que os juízes se envolvem em concessões agressivas, mas não se envolvem em negações defensivas. Os trabalhos teóricos mais recentes, como os empreendidos por Epstein e Knight (1998) e Maltzman, Spriggs e Wahlbeck (2000), têm argumentado que o que acontece nos estágios iniciais do processo de tomada de decisão pode ter um impacto substancial sobre resultado da opinião final. Contemplando o estágio da seleção dos casos, alguns modelos formais têm sido desenvolvidos. Assim, por exemplo, Hammond, Bonneau e Sheehan (2005) propõem um modelo para estudar todos os estágios do processo de tomada de decisão e demonstram que vários tipos de objetivos estratégicos estão presentes durante a definição da agenda da Corte e são importantes para uma compreensão mais completa da decisão final.

O fato é que os juízes se preocupam com política e se preocupam com a lei, eles se esforçam para estabelecer doutrinas, jurisprudência e orientações políticas atuando juridicamente (MESQUITA e STEPHENSON 2002; LAX, 2011). Ao votar no estágio de seleção dos casos, eles já têm em mente as suas implicações como precedentes no futuro. As decisões judiciais são um grande veículo para juízes

influenciarem leis e políticas. Assim, faz sentido esperar que os juízes antecipem o impacto político do precedente firmado em cada caso já no estágio inicial do processo decisório e atuem estrategicamente para alcançar seus objetivos.

De qualquer maneira, os casos selecionados para exame pela Corte podem receber dois tratamentos. Eles podem ser julgados sumariamente, sem apresentação de argumentação oral e sem justificação escrita, algumas vezes por meio da chamada *per curiam decision*, uma decisão (*opinion*) breve da Corte, não assinada pelos juízes. Os casos podem, contudo, receber apreciação de mérito, com exame e decisão fundamentada da Corte. Nesta última hipótese, o caso é colocado na pauta dos argumentos orais, e as partes serão convocadas a apresentar alegações escritas preliminares sobre as questões jurídicas pleiteadas nos casos.

A argumentação oral tem uma importância simbólica, pois constitui o único estágio do processo decisório perante a Suprema Corte que é público (MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002). Ela oferece a oportunidade para que os advogados suplementem suas alegações escritas e forneçam informações relevantes para os juízes decidirem os casos.

Neste tocante, o trabalho de Johnson, Wahlbeck e Spriggs (2004) investiga em que medida os argumentos orais podem influenciar as decisões dos juízes da Suprema Corte. Segundo os autores, os juízes buscam informações para decidirem casos da mesma forma que os membros do Congresso se aproveitam dos dados fornecidos pelos grupos de interesse e especialistas, durante as audiências, para determinar suas opções políticas ou para tratar de incertezas sobre uma questão particular. Os argumentos orais levarão informações e argumentos adicionais para ajudar a esclarecer questões legais e factuais complexas presentes em um caso sob apreciação.

Os pesquisadores têm mostrado que os juízes respondem à qualidade da argumentação oral. De modo que esta pode modificar

a decisão até mesmo de juízes ideologicamente contrários à posição defendida por um advogado. O trabalho sugere que o fornecimento de informações críveis no estágio da argumentação oral é capaz de influenciar as escolhas políticas que os juízes fazem (JOHNSON, WAHLBECK e SPRIGGS, 2004).

Com efeito, após a apresentação das argumentações orais, na mesma semana a Corte se reúne em conferência para decidir os casos. Esta conferência dá início à decisão sobre o mérito. Em sessão secreta, os juízes se reúnem sob a presidência do *Chief Justice*, que tem o papel de conduzir as discussões dos casos em pauta. Regra geral, o *Chief Justice* apresenta sua visão primeiro e depois cada juiz se manifesta, em ordem de antiguidade. Se o *Chief* votar com a maioria, caberá a ele escrever a decisão da Corte (*majority opinion*) ou indicar outro juiz para fazê-lo. Se votar com a minoria, caberá ao juiz mais antigo essa tarefa. Seja como for, o poder de escolha da redação da decisão é uma fonte de poder importante do *Chief Justice*.

O poder de atribuir a redação da decisão, segundo Wahlbeck (2006), fornece ao *Chief Justice* poderosa capacidade de direcionar a agenda política do Tribunal, promovendo os resultados legais que mais se conformam aos seus objetivos políticos[9]. A atribuição de opinião não apenas permite que o *Chief Justice* defina a agenda influenciando as alternativas que a Corte considerará mas também que a defina orientando a ordem em que elas serão consideradas. Na hipótese de a Corte estar negativamente dividida, ele pode, por exemplo, designar um juiz considerado mais diplomático para escrever a posição da Corte (MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002). Se existir uma escassa maioria, o *Chief Justice* pode estar mais propenso a atribuir

[9] O comentário do juiz Douglas torna esse aspecto evidente: "Como o juiz Douglas afirmou em seu parecer não publicado Roe, o propósito da discussão em conferência é determinar o consenso da Corte sobre a disposição de um caso, com o autor designado servindo como um agente para elaboração de uma opinião consistente com o consenso. Mas o autor da opinião é capaz de direcionar a atenção política do Tribunal para uma alternativa política particular. Desta forma, o autor designado tem a capacidade de definir a agenda para o Tribunal, à semelhança do que vemos com funcionários de outros ramos do governo, que são responsáveis por recomendar uma alternativa política, dentro um conjunto de opções disponíveis" (WAHLBECK, 2006, p. 1734).

a opinião a membro moderado da Corte. Essa tática pode evitar a dissolução da coalizão majoritária e pode incentivar dissidentes a se juntarem à opinião da maioria. Com isso, diminui-se a perda política (WAHLBECK, 2006).

Uma vez escrita a opinião, ela circulará entre todos os juízes, independentemente da maneira como eles votaram. Cada um pode sugerir mudanças ou fazer comentários a elas. Se o juiz votou com a maioria, mas acredita que a redação da opinião seguiu uma linha de argumentação indesejada, ele pode escrever uma opinião separada, concordando ou dissentindo. Pode, ainda, unir-se a um juiz que escreveu um voto concordante ou dissidente.

A opinião concordante (*concurring*) é escrita pelo juiz quando ele concorda com o resultado da decisão da maioria, mas não com o raciocínio utilizado para chegar a ela. A discordância pode residir em um ponto específico ou pode introduzir outros argumentos relevantes. Já a opinião dissidente (*dissenting*) é escrita pelo juiz quando ele não concorda com o resultado da decisão da maioria. Uma opinião dissidente fornece *insights* importantes sobre como a decisão foi tomada e pode constituir uma força poderosa para mudanças políticas, legais e sociais (MURPHY, PRITCHETT e EPSTEIN, 2002). As opiniões concordantes e dissidentes também circulam entre os juízes, podendo, igualmente, receber sugestões. Finalmente, quando todos estiverem de acordo, o *Chief Justice* leva o caso para conferência e, se não houver nenhuma questão adicional, a decisão é colocada na lista para ser anunciada.

O processo decisório no Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro. Com sede na capital da República, é composto de 11 ministros, que exercem seu cargo vitaliciamente e são escolhidos entre os cidadãos brasileiros (natos) com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os ministros são nomeados pelo presidente da República, após aprovação da

maioria absoluta do Senado Federal. Tal como no caso norte-americano, o presidente da República tende a nomear para a Corte Suprema alguém da sua esfera de afinidade profissional, política e ideológica, e, tradicionalmente, o Senado não rejeita as indicações do presidente[10].

É comum encontrar indicados a ministro que já atuaram em outras esferas do governo. O trabalho de Oliveira (2011) levantou o perfil dos ministros considerando suas trajetórias de carreira, entre 1988 e 2003, e destacou que esse perfil deixou de ser predominantemente de magistrados, passando a incorporar indivíduos atuantes em esferas políticas, que ocuparam cargos eletivos ou de nomeação de primeiro ou segundo escalões.

O presidente Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, nomeou ministros integrantes de ministérios do Executivo federal e de altos escalões do governo, como os ministros Nelson Jobim e Gilmar Ferreira Mendes. Este, vale lembrar, era Advogado-Geral da União e sua indicação ao cargo de ministro do STF foi alvo de objeções e controvérsias (LIMA, 2009). Figuras de destaque na comunidade acadêmica nacional, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Dalmo de Abreu Dallari e Fábio Konder Comparato, além de estudantes da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica-SP, mobilizaram-se contra a nomeação do atual ministro Gilmar Mendes, alegando que ele não preenchia o requisito da "reputação ilibada". A polêmica se estendeu para a suposta prática, por ele, de improbidade administrativa no caso da "máfia dos precatórios do DNER", denunciada em 2000, acusação da qual foi posteriormente inocentado[11]. Apesar da polêmica sobre sua "reputação" e das desconfianças de que sua atuação era pautada pela defesa dos interesses governistas e contrária

[10] Tanto é assim que Adauto Suannes destaca que no Brasil "jamais tivemos um candidato a Ministro da Suprema Corte rejeitado pelo Senado, que se limita a inquirir o candidato, sem qualquer preocupação com seu passado e sua cultura jurídica. Tivemos, como é de todos sabido, o incrível caso de um judice que, renunciando ao cargo, foi servir ao Poder Executivo, de onde retornou ao Supremo Tribunal Federal, ali se aposentando. Além disso, chegaram a integrar nossa Corte Suprema um médico e dois generais" (Apud LIMA, 2009, p. 65).

[11] Para mais detalhes dessa polêmica, ver Lima, 2009.

à concretização dos direitos fundamentais, a nomeação do ministro foi aprovada pelo Senado.

As regras que disciplinam o funcionamento da Corte estão previstas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. De acordo com esse Regimento, são considerados órgãos do Tribunal: o Plenário, as Turmas e o Presidente.

A competência do Plenário está regulamentada nos artigos 5° a 8° do Regimento Interno do STF. A reunião em Plenário é conduzida pelo presidente do Tribunal e exige a presença mínima de seis ministros, sendo que, para votação de matéria constitucional e para a eleição do presidente e do vice-presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral, o quórum necessário é de oito ministros.

O STF conta com duas Turmas. Cada uma é composta de cinco ministros e é presidida pelo ministro mais antigo dentre seus membros, pelo período de um ano, sendo vedada a recondução até que todos os seus integrantes tenham exercido a presidência. As reuniões das Turmas se dão com a presença mínima de três ministros. Sua competência está prevista nos artigos 8° a 11 do Regimento, tendo prioridade o julgamento do *habeas corpus*, das causas criminais com réus presos e das reclamações.

O presidente do Supremo Tribunal Federal é também o presidente do Conselho Nacional de Justiça e tem suas atribuições especificadas no artigo 13 do Regimento. Dentre elas estão o dever de zelar pelas prerrogativas do Tribunal, representar o Tribunal perante os outros poderes, decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias, presidir as sessões plenárias e fazer cumprir o Regimento Interno. Diferentemente do *Chief Justice* norte-americano, que é escolhido especificamente para essa função e a exerce vitaliciamente, o presidente do STF é eleito entre os ministros e exerce mandato de dois anos, não podendo ser reeleito para período subsequente.

O STF desempenha jurisdição essencialmente constitucional. Sua competência está prevista nos artigos 102 e 103 da CF/88 e pode ser dividida em dois grandes grupos: originária e recursal. A competência originária envolve as ações em que o Tribunal funcionará como instância única de julgamento. Já em sede de competência recursal o STF poderá ser acionado através de recurso ordinário constitucional e de recurso extraordinário e analisará a questão em última instância. Tais competências englobam, por exemplo, a atribuição de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADIns), a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADECON), a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição (ADPF) e os pedidos de extradição. No âmbito penal, tem competência para julgar, dentre outros atores, o presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República nos crimes comuns. Na competência recursal, destacam-se as atribuições de julgar, em sede de recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, e, em sede de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar a Constituição Federal[12].

O trabalho de Falcão, Cerqueira e Arguelhes (2011) destacou que, entre 1988 e 2009, as partes acionaram o STF através de 52 classes processuais diferentes, identificadas na tabela a seguir:

continua

CLASSES PROCESSUAIS 1988 – 2009
1 Ação Cautelar
2 Ação Cível Ordinária
3 Ação Declaratória de Constitucionalidade
4 Ação Direta de Inconstitucionalidade

[12] Sobre as competências institucionais do STF, ver www.stf.gov.br.

continuação

CLASSES PROCESSUAIS 1988 – 2009
5 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
6 Ação Ordinária
7 Ação Ordinária Especial
8 Ação Penal
9 Ação Rescisória
10 Agravo de Instrumento
11 Apelação Cível
12 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
13 Arguição de Impedimento
14 Arguição de Relevância
15 Arguição de Suspeição
16 Carta Rogatória
17 Comunicação
18 Conflito de Atribuições
19 Conflito de Competência
20 Conflito de Jurisdição
21 Exceção da Verdade
22 Exceção de Incompetência
23 Exceção de Litispendência
24 Exceção de Suspeição
25 Extradição
26 *Habeas Corpus*
27 *Habeas Data*
28 Inquérito
29 Intervenção Federal
30 Mandado de Injunção
31 Mandado de Segurança
32 Oposição em Ação Civil Ordinária
33 Petição
34 Petição Avulsa
35 Prisão Preventiva para Extradição
36 Processo Administrativo

conclusão

CLASSES PROCESSUAIS 1988 – 2009
37 Proposta de Súmula Vinculante
38 Queixa-Crime
39 Reclamação
40 Recurso Crime
41 Recurso Extraordinário
42 Recurso Ord. em Mandado de Segurança
43 Recurso Ordinário em Habeas Corpus
44 Recurso Ordinário em Habeas Data
45 Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
46 Representação
47 Revisão Criminal
48 Sentença Estrangeira
49 Sentença Estrangeira Contestada
50 Suspensão de Liminar
51 Suspensão de Segurança
52 Suspensão de Tutela Antecipada

Fonte: Dados e tabela de Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011).

Os dados mostram que, no período de 2007 a 2009, apenas 36 classes processuais estiveram ativas (FALCÃO, CERDEIRA e ARGUELHES, 2011). Essa multiplicidade de portas de acesso ao Tribunal difere das possibilidades de acionamento da Suprema Corte norte-americana.

Atendidos os requisitos formais de admissibilidade, em regra geral o STF deve pronunciar-se sobre todos os processos autuados. Tradicional e formalmente, o STF não tem a mesma discricionariedade que a Suprema Corte para decidir o que apreciará, podendo controlar o número de casos julgados por ano judiciário. Tendo isso em vista, diversos trabalhos em direito e em ciência política têm destacado dificuldades presentes no processo decisório do STF e expedientes estratégicos utilizados pelos ministros para filtrar e decidir os casos e evitar o enfrentamento de determinadas questões.

Grande parte das dificuldades decorre da enorme quantidade de processos. Para se ter uma ideia, ao final do ano judiciário de 2012 o acervo do Tribunal contabilizou 66.831 processos em tramitação, e esse número é menor se comparado a anos anteriores. A pesada carga processual limita a capacidade de prestação jurisdicional e gera óbices reais à celeridade da justiça[13]. Nos últimos anos, a diminuição da carga processual do STF e a busca por efetividade na prestação jurisdicional têm sido objeto de preocupação institucional e, em parte, motivou reformas constitucionais que incorporaram dois institutos processuais importantes: a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral em recurso extraordinário[14].

A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu a possibilidade de o STF aprovar, após repetidas decisões sobre determinada matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, no âmbito federal, estadual e municipal. O mecanismo da súmula vinculante passou a estar previsto no texto constitucional, no artigo 103-A, *caput*, determinando:

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

---

[13] Sobre os índices de desempenho dos ministros do STF, ver o "Projeto Meritíssimos" em www.meritissimos.org.br.

[14] Para reduzir ainda mais o número de recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, em março de 2001, o ministro Cezar Peluso, à época presidente da Corte, apresentou a proposta de emenda constitucional denominada "PEC dos Recursos". Essa proposta visa dar mais agilidade às decisões de segunda instância, permitindo a execução de sentenças ainda sujeitas a recurso especial ou extraordinário. Durante mesa-redonda organizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Cezar Peluso observou que o índice de provimento desses recursos é baixo (aproximadamente 15% são bem sucedidos) e a maioria funciona como expediente protelatório, interposto para atrasar a execução da sentença. Peluso defendeu que essa reforma processual diminuirá o tempo da prestação jurisdicional, o número de recursos e fortalecerá as decisões de segunda instância. A proposta está, no entanto, pendente de aprovação.

> estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Na sistemática anterior, as instâncias inferiores podiam seguir um raciocínio jurídico diferente do utilizado pelo STF para decidir uma mesma questão. Além disso, ainda que seguissem o mesmo raciocínio decisório do STF, não existiam mecanismos que barrassem os recursos, permitindo às partes insatisfeitas interpor apelos sucessivos, muitas vezes com a finalidade de adiar a execução de uma decisão desfavorável. Na nova sistemática, as instâncias judiciais e toda a administração pública estão obrigadas a aplicar a súmula vinculante promulgada pela Corte.

A expectativa é que esse mecanismo processual alivie a carga de processos do STF, barrando a multiplicação de casos semelhantes, reduzindo a pauta, favorecendo uma prestação jurisdicional mais célere e uniforme e implementando a segurança jurídica. Com isso, o STF aumenta, por certo, sua influência no estabelecimento da jurisprudência. A crítica que se faz é, no entanto, que a súmula vinculante tende a reduzir a heterogeneidade da doutrina jurídica, o que pode prejudicar a independência dos tribunais inferiores (OLIVEIRA e GAROUPA, 2012).

A súmula vinculante difere da doutrina norte-americana do *stare decisis*[15]. Nos EUA, as decisões da Suprema Corte têm força de precedente judicial e constituem fonte do direito. Diversamente, a súmula vinculante, no Brasil, confere efeito vinculante sobre questões selecionadas, somente depois de reiteradas[16] decisões do STF sobre determinada matéria e vincula não apenas as instâncias judiciais inferiores, como no caso norte-americano, mas também toda a administração pública[17]. Outro aspecto distinto é que a súmula vinculante

[15] Sobre a natureza dos precedentes no Brasil ver estudo de Torre, 2015.

[16] A bibliografia tem observado que algumas súmulas do STF não são precedidas de decisões reiteradas. Vojvodic (2012) menciona as súmulas n° 11 e 13, que foram elaboradas com base em poucas decisões e cujo conteúdo guardavam pouca relação entre si. No mesmo sentido, Maués (2012) destaca a edição da súmula n° 5, em que os próprios ministros reconheceram não existir decisões reiteradas sobre a matéria.

[17] Sobre esse aspecto distintivo, Carvalho (2012) destaca a explicação de Roger Leal: “enquanto o

tem um caráter mais abstrato, conferindo mais flexibilidade e margem de manobra em termos de aplicação se comparada ao precedente norte-americano[18]. Este implica que um conjunto de fatos ou circunstâncias semelhantes sejam observados no caso em julgamento para a aplicação do precedente (OLIVEIRA e GAROUPA, 2012).

A repercussão geral, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, é mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e assemelha-se à chamada "arguição de relevância", vigente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro entre as décadas de 1960 e 1980 (PINTO, 2006; TAVARES, 2005). Ela se volta a delimitar a competência do STF, no âmbito do recurso extraordinário, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Visa também uniformizar a interpretação constitucional, afastando a decisão de múltiplos casos idênticos. Após a reforma constitucional, o artigo 102, § 3°, da CF/88 – regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 – passou a prever que no "recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."

O recurso extraordinário[19] é instrumento do controle difuso-concreto dentro da sistemática do controle de constitucionalidade

---

stare decisis constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo." LEAL, Roger Stiefelmann. 2006. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, p. 128. Apud CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. 2012. Stare Decisis e Súmula Vinculante: Uma Análise Comparativa sobre a Vinculação das Decisões na Jurisdição Constitucional". Lex Humana, v. 4, n. 1, 2012, p. 1–19.

[18] Neste sentido observa Carvalho (2012, p. 14): "No sistema brasileiro, a prática da utilização da súmula vinculante tem se desenvolvido apenas com a leitura, compreensão e aplicação silogística do texto do enunciado, permanecendo sem observação as particularidades dos fatos que deram origem aos acórdãos, e, consequentemente aos enunciados das súmulas, ensejando a possibilidade de reprodução equivocada de norma idêntica a situações substancialmente díspares. "

[19] No Decreto n. 848 de 1890 está a origem do recurso extraordinário. No início da República, o legislador brasileiro espelhou-se no Judiciary Act de 1789, dos Estados Unidos, e na legislação argentina.

brasileiro e, como tal, tem sido, juntamente com o agravo de instrumento contra sua decisão denegatória, responsável por grande parte da sobrecarga de processos no STF (PINTO, 2006), correspondendo a 95,3% da pauta da Corte em 2006, 88,7% em 2008, 76,9% em 2010 e 54,9% em 2011 (OLIVEIRA e GAROUPA, 2012).

Antes da introdução desse requisito pela EC 45/2004, o atendimento dos requisitos específicos do recurso extraordinário e das formalidades atinentes aos recursos em geral, estabelecidas pelo Código de Processo Civil, bastava para que o STF apreciasse todos os recursos extraordinários interpostos. Após a EC 45/2004, o autor da ação deve demonstrar a relevância da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário, sob o prisma econômico, político, social ou jurídico, e evidenciar que a questão transcende os interesses subjetivos das partes em litígio, cabendo então aos ministros deliberar sobre o preenchimento do requisito da repercussão geral para que o recurso tenha seguimento. O procedimento de deliberação é esclarecido no Relatório de Atividade do STF:

> A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, por meio de sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um recurso extraordinário, são necessários pelo menos oito votos. Se esse número não for atingido, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm vinte dias para votar[20]. As abstenções nessa votação são consideradas favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão, e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos[21].

[20] A votação por meio do plenário virtual sobre se uma questão é de repercussão geral se dá de modo dicotômico, "sim" ou "não", e pode ser acompanhada pelo site do Supremo Tribunal Federal.

[21] Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal 2012 (2013, p. 34) disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2012.pdf.

O congênere mais próximo do requisito da repercussão geral é o *writ of certiorari* norte-americano (TAVARES, 2005; ROSENN, 2011), uma vez que restringe os recursos e delimita os casos que receberão apreciação de mérito. Na sistemática do *writ of certiorari* são necessários quatro votos positivos para a concessão do *certiorari*, enquanto, no Brasil, exige-se, regra geral, oito votos negativos para o caso não ser apreciado por desatender o requisito da repercussão geral. Além disso, ao contrário do *writ of certiorari*, que não tem valor de precedente, a determinação do STF de que um recurso não atende ao requisito da repercussão geral afeta todos os outros recursos que apresentam questão idêntica, sendo o mesmo válido para os agravos de instrumento contra decisão denegatória de recurso extraordinário (ROSENN, 2011).

Esse mecanismo de triagem começou a ser implementado pelo STF apenas em 3 de maio de 2007, data em que a Corte publicou uma mudança em seu Regimento Interno por meio da Emenda Regimental n° 21. Em razão da novidade, Oliveira e Garoupa (2012) observam que ainda não está claro como o requisito da repercussão geral irá afetar o comportamento estratégico no STF. Ele pode ser usado para forçar a manifestação de preferências, como acontece nos Estados Unidos, mas, por outro lado, no design brasileiro há menos espaço para os ministros influenciarem o conteúdo da pauta do STF, em comparação com os justices da Suprema Corte norte-americana. Os autores acreditam que a sistemática brasileira não possibilitará a ocorrência do mesmo tipo de barganha política observada na Suprema Corte dos EUA, percepção que só poderá ser confirmada no futuro. De qualquer maneira, os autores defendem que, tal como o mecanismo da súmula vinculante, o requisito da repercussão geral é suscetível de gerar o aprimoramento do Estado de Direito, a redução de recursos frívolos e a melhoria da tomada de decisões judiciais.

Ainda no que diz respeito à seleção dos casos no STF, a literatura tem destacado a existência de mecanismos informais utilizados pelo

Tribunal para definir ou controlar a agenda decisória. Observando a enorme diferença entre o número de casos julgados e o número de acórdãos publicados, Veríssimo (2008) chega a falar em um *certiorari* à brasileira. Segundo constata, entre os anos 2000 e 2007, o STF julgou em média 109.411 casos por ano, mas publicou uma média de 12.903 acórdãos a cada ano. Como os acórdãos são decisões provenientes de deliberação colegiada das turmas e do plenário, a constatação é de que todos os demais julgamentos dizem respeito a outras categorias de decisão, notadamente as monocráticas – decisões em que o relator tem poder para decidir o mérito ou averiguar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, ou ainda, decisões provenientes das competências legalmente conferidas ao presidente para decidir monocraticamente. Para o autor, esse número elevado de decisões monocráticas indica uma espécie de filtro processual que permite à Corte gerir a pesada carga de processos. Na opinião de Vieira (2008), esse expediente estratégico coloca nas mãos de cada ministro poder para definir a agenda da Corte.

A definição da pauta[22] temática e temporal do Tribunal cabe, notadamente, ao presidente e ao relator, e, apesar de prevista no Regimento Interno, sua operacionalização é pouco clara. O presidente tem liberdade para estabelecer a agenda do plenário, escolhendo, dentre os processos conclusos, aqueles que serão julgados na sessão. Ele pode definir datas e dar prioridade a determinados julgamentos (artigos 128 a 130). Os ministros relatores enviam os relatórios para a secretaria, que os coloca em pauta, sem critério predefinido ou por solicitação de prioridade, nas hipóteses do artigo 125 do Regimento. Além disso, as Turmas, independentemente da pauta aprovada e selecionada pelo presidente, podem remeter processos ao Plenário (artigo, 83, III).

[22] Sobre a definição da agenda decisória do STF, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, ver artigo de Oliveira (2015).

Para Falcão e Oliveira (2012), a definição da agenda era tradicionalmente exercida de maneira burocrática, e não estratégica, pelos presidentes do STF, até a gestão do ministro Nelson Jobim (2004-2006):

> Jobim começou a utilizar outro critério: selecionar para integrar a pauta da sessão, dentre os processos já conclusos para julgamento na secretaria, aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública. A partir daí os sucessivos presidentes buscaram maior sintonia entre a agenda do STF e a agenda da opinião pública (FALCÃO e OLIVEIRA, 2012, p. 445).

Observam os autores que, algumas vezes, em razão de questões econômicas e de impacto financeiro para o Tesouro Nacional, o Executivo ainda sinaliza para o presidente da Corte as eventuais consequências de apressar ou retardar um determinado julgamento.

Seja como for, colocado o caso na pauta de julgamento, a sessão plenária se inicia com o voto do relator. Após sua manifestação, o presidente, se for o caso, concede a palavra aos advogados que farão sustentação oral e, posteriormente, ao procurador-geral da República, nas causas em que ele deva se manifestar. Concluída essa fase, passa-se à votação dos ministros, que seguirá a ordem inversa de antiguidade.

Durante a deliberação em plenário, outro mecanismo pode ser empregado pelos ministros, por vezes estrategicamente, para atravancar o cumprimento da pauta, adiando a finalização do julgamento e modificando a agenda temporal da Corte. Trata-se do pedido de vista do processo.

De acordo com o Regimento Interno, o julgamento em Plenário, uma vez iniciado, deve ser concluído na mesma sessão, ainda que excedida a hora regimental (artigo 139). No entanto, nas decisões colegiadas, qualquer ministro, exceto o relator, que não se encontrar habilitado a proferir o seu voto durante a sessão pode pedir vista dos autos. Esse pedido de vista interrompe a conclusão do julgamento até

a devolução dos autos pelo ministro que formulou o pedido e até que o presidente coloque novamente o caso na pauta das sessões.

Em consonância com a regra do Código de Processo Civil,[23] que estabelece limite de dez dias, o Regimento Interno do STF prevê a devolução dos autos para seguimento da votação até a segunda sessão ordinária subsequente ao pedido (artigo 134). Esse prazo pode ser renovado. Segundo a Resolução 278/03 do STF, depois de dez dias, contados da data de recebimento dos autos no gabinete, o prazo é prorrogado automaticamente por mais dez dias, caso o ministro não devolva o processo para julgamento. Não devolvendo os autos, a presidência do Tribunal ou das Turmas comunicará ao ministro o vencimento do prazo. Saliente-se, ainda, que inexiste sanção prevista para o descumprimento do prazo, o que favorece sua utilização estratégica como meio protelatório.

Os dados levantados por Pereira (2010) evidenciam a deturpação do voto-vista. Analisando as ações de controle concentrado, entre 1988 e 2010, Pereira (2010) verificou que dentre os ministros que mais pediram vista dos autos estão: o ministro Gilmar Mendes, com 21% do total de pedidos; os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, com 12% dos pedidos cada um; seguidos pelo ministro Joaquim Barbosa, responsável por 11% do total de pedidos do Tribunal. Sobre a média de dias que os ministros permaneceram com os autos, os dados são ainda mais sintomáticos. O ministro Nelson Jobim, por exemplo, apesar de utilizar pouco o instrumento (ele é responsável por 3% dos pedidos de vista), ficou com o processo, em média, 2.947,5 dias. Dentre os que apresentam as maiores médias de dias ainda figuram: o ministro Sepúlveda Pertence, em média 1.346,83 dias, a ministra Ellen Gracie, em média 522,5 dias, seguida pelos ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso, aproximadamente 460 dias. Nenhum ministro

[23] Artigo 555, § 2°do Código de Processo Civil: "Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta."

devolveu os autos numa média de 10, 20 ou 30 dias, em obediência às regras regimentais, sendo o ministro Eros Grau o responsável pela menor média, 63,3 dias. No total, a média de dias que os ministros permaneceram com o processo, em razão do voto-vista, foi de 455,23 dias. Esses dados mostram, ainda, que o tempo dos pedidos de vista onera o julgamento de um processo, estendendo-se por quase 23% do tempo total de duração da ação, e, em quase 69% das ações, os votos-vista estavam entre os votos vencedores, o que pode sugerir que exercem influência sobre o resultado final da decisão[24].

O pedido de vista permite a cada ministro exercer poder de veto sobre os casos em julgamento. O julgamento de um processo pode ser interrompido inúmeras vezes, por meio de sucessivos pedidos de vista. Apesar da votação em Plenário seguir a ordem crescente de antiguidade no Tribunal – dos mais novos para os mais antigos na Corte –, o pedido de vista pode ser formulado a qualquer tempo, independentemente da ordem de votação. Assim, no início de uma sessão, qualquer ministro pode interromper o julgamento solicitando vista dos autos, ou pode esperar sua vez e fazer o pedido. Nesta última hipótese, os mais antigos detêm maior capacidade de bloquear o encerramento do julgamento, pois este pode ser suspenso por um pedido de vista mesmo que já se tenha formado maioria de votos. Tais procedimentos acabam por limitar a inovação numa Corte formada por ministros antigos e que tenham formulado as soluções do regime jurisprudencial existente.

O fato é que o pedido de vista retira a questão do debate e pode ser utilizado para retardar a decisão de uma questão de grande impacto político ou social, permitindo o controle informal do tempo de duração do processo pelos ministros. Também pode ser utilizado como estratégia dentro de um *collegial court game*. Uma vez que os ministros esperam ver sua posição preferida vencedora na Corte e

[24] Para mais dados e análise sobre os pedidos de vista no STF, ver Falcão, Hartmann e Chaves, 2014.

refletida no direito, eles instrumentalizam as regras institucionais[25], como o pedido de vista, para suspender o julgamento, evitando a formação de uma maioria em sentido contrário ao seu, ou até mesmo aguardando a renovação da composição da Corte para, só então, proferir um voto mais elaborado e tendente a convencer seus pares.

No caso brasileiro, algumas características do processo decisório na fase do julgamento em Plenário têm sido apontadas pela bibliografia e dizem respeito, essencialmente, à natureza da deliberação e da elaboração dos votos pelos ministros. Elas carecem de estudos empíricos mais amplos, mas, de todo modo, podem ser agrupadas em três blocos: 1) peso do voto do relator; 2) configuração dos votos e da decisão; e 3) ausência de racionalidade única na decisão proferida.

O processo admitido pela Corte é distribuído, por sorteio eletrônico, a um ministro relator. Ele estuda o caso, elabora o relatório, profere o voto em primeiro lugar e redige, ao final, a ementa da decisão. A bibliografia sugere que o voto do relator tem peso maior na fundamentação dos casos, funcionando como um guia para a tomada de decisão dos demais ministros (VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, 2009). O trabalho de Oliveira (2012) analisa as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns) julgadas entre 1999 e 2006 e observa que em apenas 6 ações, de um universo de 692, o voto do relator foi diferente do resultado final da decisão. Isso indica um sucesso de 99% do relator. Oliveira sugere duas razões explicativas desse sucesso. Primeiro, como o Regimento Interno do STF, artigo 21, X, faculta ao relator a solicitação de dia para julgamento quando estiver habilitado a proferir o voto, seu sucesso pode ser resultado de negociação ou barganha nos bastidores da Corte. Assim, levando-se em consideração

[25] Sobre a instrumentalização das regras institucionais, ver Arguelhes e Riberiro (2015). Os autores refletem sobre os poderes individuais dos ministros na tomada de decisão no STF, argumentando que esses poderes, além de conformar o processo decisório da Corte, produzem efeitos sobre o processo político, influenciando o comportamento de atores externos. Dentre os poderes individuais, os autores discutem três em particular: a antecipação de posições na imprensa, o uso de pedidos de vista de longa duração e o uso de decisões monocráticas para avançar posições jurisprudenciais.

que ele tem liberdade para influenciar a pauta, pode permitir ou liberar o ingresso de um tema na agenda decisória quando ele, relator, estiver convencido de que a maioria irá seguir sua posição. Segundo, o sucesso pode ser explicado pela enorme carga de processos, que favorece os ministros aderirem ao voto do relator.

Na Suprema Corte norte-americana, conforme dissemos, o Chief Justice redige a opinião da maioria ou designa outro juiz para fazê-lo. Os que não estiverem de acordo com a maioria podem elaborar opinião dissidente ou concordante. Então, uma decisão publicada pela Suprema Corte tem uma configuração bastante clara: as decisões vêm separadas em majority opinion, concurring opinion e dissenting opinion. Ao final, é possível identificar a decisão que expressa o voto majoritário da Corte e as diferentes linhas argumentativas dissidentes ou concordantes que, porventura, perfilharam os justices.

No Brasil, a sistemática é diferente. Cada ministro apresenta um voto, que ele não raro levou pronto para a sessão e faz constar no acórdão, após leitura em Plenário. Para identificar as nuances do “dissenso” ou da “concordância” é preciso ler todos os votos. O relator fica com a tarefa de, finda a votação, elaborar uma ementa que, às vezes, pode não representar a opinião da Corte sobre o caso, mas ser uma leitura sua sobre o que foi decidido (VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, 2009).

A crítica que decorre dessa característica do processo decisório é que não há, de fato, deliberação e diálogo na Corte (SILVA, 2009). Acreditamos que tal afirmação carece, ainda, de análises empíricas mais sistemáticas. De qualquer modo, é possível encontrar estudos dedicados a entender o processo deliberativo e a configuração dos votos no STF, como o trabalho de Mattiuzzo (2011), que analisou 37 ações de controle concentrado de constitucionalidade, no período compreendido entre abril de 2010 e junho de 2011. Por meio da distinção entre tese vencedora, voto vencido, fundamento complementar e fundamento diverso, Mattiuzo (2011) buscou analisar os votos dos

ministros e constatar se há diálogo entre eles e deliberação na Corte. A partir da metodologia classificatória, a autora chega à conclusão de que há "debates, porém não em todos os casos, sobre questões específicas, com decisão final redigida por um só ministro, o qual não tem a preocupação de sistematizar os fundamentos fornecidos pelos colegas durante a sessão" (MATTIUZO, 2011, p.66).

As regras do processo decisório são explicativas do tipo de deliberação que temos. Uma delas é a existência de sessões plenárias públicas[26]. Se, por um lado, essas sessões garantem a publicidade e transparência da tomada de decisão, elas têm ensejado, por outro, críticas sobre seu prejuízo para os debates e deliberações. Aliomar Baleeiro, ainda na década de 1960, mencionava as diferenças de funcionamento entre as sessões no STF e na Suprema Corte norte-americana:

> O Supremo Tribunal, como, aliás, todos os Tribunais brasileiros, decide publicamente, emitindo cada juiz de viva voz seu voto, lido ou taquigrafado. Em contraste, a Corte Suprema ouve durante uma quinzena, seguidamente, os advogados, concedendo uma hora ao patrono de cada parte. Na quinzena imediata, delibera de portas fechadas, designando um *justice*, inclusive o próprio presidente, o *chief justice*, para lavrar a decisão, à qual os dissidentes podem juntar seus votos vencidos (BALEEIRO,1968, p. 118).

Essa diferença é igualmente sentida nos dias recentes. Em entrevista de maio de 2011 ao Valor Econômico, o ministro Cezar Peluso, questionado sobre como construir decisões mais consensuais, respondeu:

> Eu não quero fazer uma previsão, mas não estranharia se pouco mais à frente aprovarmos uma emenda regimental permitindo que façamos reuniões reservadas. Não será para decidir, mas para preparar o julgamento reservadamente. Não há nada que impeça que os ministros se reúnam para preparar o julgamento,

[26] Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: "Art. 124. As sessões serão públicas, salvo quando este Regimento determinar que sejam secretas, ou assim o deliberar o Plenário ou a Turma."

> que discutam aspectos sobre como vão encaminhar o caso. Todo mundo ganha com isso. O julgamento da união homoafetiva foi tranquilo porque ministros conversaram antes. Ninguém pediu vista. Todo mundo saiu ganhando. Imagina se adia esse caso? A gente não sabe como voltaria[27].

A natureza da configuração dos votos está ligada à terceira característica apontada: a ausência de racionalidade única na decisão proferida. A bibliografia tem argumentado que as decisões plenárias carecem de clareza, constituindo um agregado de votos e de razões decisórias múltiplas, sendo, por vezes, difícil identificar a linha argumentativa da Corte (VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, 2009; VIEIRA, 2009; SILVA, 2009; MENDES, 2010). Na visão dessa literatura, os julgamentos são marcados pelo personalismo. As decisões configuram uma somatória de onze votos individuais, sendo que algumas vezes sua racionalidade converge, em outras se tem "onze ilhas"[28]. Tal característica está relacionada, dentre outras coisas, com a deficiência na definição dos pontos controversos (KLAFKE, 2010), que se reflete na dificuldade de os ministros identificarem qual é o problema principal do caso que estão decidindo. A estrutura do processo decisório permite que os ministros escolham os pontos sobre os quais se pronunciarão, realçando um aspecto do problema e não enfrentando outros (VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, 2009).

Para Oliveira (2012b), a afirmação da literatura de que o processo decisório é marcado pelo personalismo decorre da análise de casos isolados e de grande repercussão. Sem perder isso de vista, a autora busca verificar a aplicação do argumento para um número maior de decisões, estudadas em conjunto. Através da análise empírica de 1.277 ações diretas de inconstitucionalidade, julgadas entre 1999 e 2006, Oliveira sugere que a tomada de decisão não se dá pelo somatório de

[27] Entrevista na íntegra disponível em: http://www.valor.com.br/arquivo/889081/supremo-prepara-se-para-limitar-julgamentos-e-fazer-sessoes-reservadas.

[28] Expressão empregada por Mendes (2010) para indicar a inexistência de uma dita "decisão do Tribunal". MENDES, Conrado Hübner. "Onze ilhas". Folha de S. Paulo, Tendências/Debates, 1/2/10.

votos individuais, mas pela composição de coalizões temporárias e de grupos exclusivos constantes ("panelinhas"), constituídos de acordo com a nomeação presidencial, o que equivale a dizer que os ministros nomeados por um mesmo presidente da República são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir seus votos.

O trabalho de Oliveira (2012b) está calcado nos resultados, no agregado de decisões unânimes ou não unânimes, ressaltando os agrupamentos que se formam na Corte. A crítica que a literatura faz ao personalismo no processo decisório decorre, no entanto, da leitura dos votos individualmente considerados, não enfocando, *a priori*, o seu resultado, mas os seus fundamentos. São esses votos individuais que possibilitam enxergar os diferentes caminhos trilhados pelos juízes em sua argumentação e apreender as nuances e inconsistências da decisão como um todo. São esses votos que mostram a dificuldade, a manipulação das regras processuais e regimentais na tomada de decisão, bem como os espaços abertos para decisões de Cortes futuras. Os dados estatísticos, extraídos de um grande volume de decisões, são importantes, mas dizem mais sobre o resultado do que propriamente sobre a lógica da tomada de decisão. Os juízes podem, de fato, configurar coalizões ou panelinhas para decidir as questões, mas podem estar motivados por razões variadas e podem fazê-lo por onze caminhos diferentes. Nesse ponto, Oliveira (2012b, p.152) deixa claro o objetivo de seu empreendimento ao afirmar: "Restringimo-nos aqui a observar o resultado objetivo e binário das decisões: declaração de inconstitucionalidade (ação deferida ou deferida parcialmente) ou reconhecimento de constitucionalidade (ação indeferida). Mas não classificamos a fundamentação do voto dos ministros nessas decisões".

O trabalho da autora, não obstante agregue elementos de outras abordagens, empreende uma análise atitudinal[29], levando em conta as nomeações presidenciais dos ministros para estudar o grau de coesão da Corte e enfrentar o desafio de investigar se a sua atuação é

[29] Sobre os pressupostos dessa abordagem, ver capítulos 2 e 3.

marcada pelo personalismo. Por outro lado, os trabalhos que apontam a existência de personalismo nos julgamentos do STF (VIEIRA, 2009; VOJVODIC, MACHADO e CARDOSO, 2009; SILVA, 2009) seguem uma análise normativa e pouco sistemática das decisões.

Seja como for, essas duas linhas de trabalho são tentativas de estudar e compreender a tomada de decisão no STF, e evidenciam um campo de estudo fértil que deve ser explorado de modo mais sistemático, por meio de abordagens e metodologias que incorporem as particularidades do processo decisório no STF e ajudem a entender a lógica da tomada de decisão.

Neste capítulo vimos que as regras e características do processo decisório são diferentes na Suprema Corte norte-americana e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, e levam a estilos muito diferentes de julgar. Essas diferenças institucionais devem ser consideradas antes de qualquer tentativa de transpor para as análises do STF os modelos elaborados para dar conta do comportamento judicial nos EUA.

Notas sobre a análise de decisões na Suprema Corte e no Supremo Tribunal Federal

As metodologias desenvolvidas em ciência política para o estudo do comportamento dos juízes da Suprema Corte nos Estados Unidos têm seu ponto de partida no modelo atitudinal, como vimos nos capítulos da primeira parte. Elas se constroem a partir da ideia de que os juízes votam segundo suas preferências políticas e essas preferências podem ser medidas. Elas podem ser medidas, primeiro, porque na realidade norte-americana as posições políticas atribuídas aos *justices* são dicotômicas, ditas liberais ou conservadoras. Normalmente estão atreladas à posição do presidente que nomeou o *justice* ou à sua própria filiação partidária, democrata ou republicana. Segundo, porque nos EUA existem, desde longa data, estudos empíricos que buscam medir as posições políticas dos juízes da Suprema Corte e mapear seu padrão decisório. Tais estudos desenvolveram,

por exemplo, *scores* para situar cada um dos *justices* em um espectro de posições políticas e ideológicas. Isso serve como base de dados e apoio para o empreendimento de qualquer pesquisa empírica sobre comportamento judicial na Suprema Corte. Um dos bancos de dados mais paradigmáticos é o desenvolvido por Andrew D. Martin e Kevin M. Quinn, denominado *Martin-Quinn Scores*, que contém dados de outubro de 1937 a outubro de 2012[30]. Outro banco de referência para os estudos empíricos é o *Supreme Court Database*[31], criada por Harold Spaeth, ainda na década de 1980, contendo dados dos anos judiciários de 1946 até 2012.

No Brasil, os estudos empíricos em ciência política sobre o STF são recentes, tendo início na década de 1990. Dentre as dificuldades para estudar o comportamento dos ministros na tomada de decisão nos moldes norte-americano, algumas merecem destaque.

Primeiro, a história constitucional republicana brasileira é marcada por descontinuidades e rupturas. Elas impedem o estabelecimento de séries históricas sobre decisões do STF e tendências de comportamento dos juízes. O seu impacto se dá em vários aspectos, das próprias normas constitucionais aos regimes políticos e relações federativas, assim como as coalizões e alianças governamentais.

Segundo, no Brasil o sistema político é fragmentado (DA ROS, 2008). Não há a mesma clivagem política entre dois partidos (democrata e republicano), como ocorre nos EUA, onde a sociedade reflete essas posições políticas e elas são bastante demarcadas. No Brasil há um pluralismo político e partidário, e as instituições, bem como os ministros, refletem essa configuração. Por conta disso, medir a posição política de um ministro tendo em conta a nomeação presidencial é complicado e, por vezes, infrutífero. Apesar disso, encontramos trabalhos que buscam verificar a correspondência entre a nomeação e a posição do ministro, como o de Jaloretto e Mueller (2011), que

[30] http://mqscores.wustl.edu/index.php.

[31] http://scdb.wustl.edu/index.php.

testa a hipótese de que as indicações presidenciais influenciam as decisões que os ministros tomam. Os autores analisam 669 decisões e votos em ADIns julgadas entre junho de 2002 e outubro de 2009 e não observam mudanças no padrão de decisão da Corte à medida que mais ministros nomeados pelo presidente Lula passam a compor o Tribunal. Eles concluem que não há evidência empírica suficiente para afirmar que as decisões são influenciadas pelo método de escolha de seus ministros e que, na prática, esse método não compromete a independência do Poder Judiciário.

Terceiro, o STF analisa grande variedade de questões e conta com uma carga processual enorme. Se a Suprema Corte julga entre 80 a 100 casos por ano, o STF publica mais de 10.000 acórdãos no mesmo período, sem mencionar os casos julgados monocraticamente. Essa diferença crucial exige o desenvolvimento de técnicas específicas para estudar a tomada de decisão de uma Corte desse porte, técnicas adequadas ao perfil institucional do STF e baseadas no grande volume de decisões fornecidas (FALCÃO, CERDEIRA e ARGUELHES, 2011).

Quarto, os estudos empíricos sobre o STF carecem, ademais, de dados mais sistematizados e bancos de dados organizados, que sirvam de suporte para as pesquisas. Como lembram Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011, p. 9), "muitas vezes os dados dos processos ou não estão disponíveis ou são muito pouco estruturados, com incongruências que não nos permitem uma análise de massa". Comentando os bancos existentes em outros lugares, como EUA, Europa e México, observam, ainda: "No Brasil, os bancos de dados do gênero tendem a ser desenvolvidos *ad hoc*, para pesquisas específicas. Não há bancos de dados completos, abrangentes e sistemáticos sobre como vem decidindo o STF da democratização para cá" (FALCÃO, CERQUEIRA e ARGUELHES, 2011, p. 11). Essa lacuna motivou a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, em parceria com a Escola de Matemática Aplicada, a dar início ao banco de dados "Projeto

Supremo em Números”[32], que conta com a participação ativa dos autores mencionados. Esse banco de dados visa oferecer material para análises quantitativas e qualitativas sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal após 1988.

O projeto, por certo, contribuirá sobremaneira para as pesquisas empíricas sobre o Tribunal, mas ainda remanescem dificuldades que desencorajam as análises dos padrões decisórios dos ministros individualmente considerados e do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal. Temos, em suma, um campo de estudo pouco explorado.

Considerações finais

Os processos decisórios da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal são bastante díspares entre si. As competências e portas de acesso do STF são mais amplas e variadas. O número de casos julgados por nossa Corte, por ano judiciário, é espantosamente maior. A Suprema Corte dos EUA recebe, em média, 8.000 casos por ano judiciário e julga aproximadamente 80 casos, todos colegiadamente e em sessões fechadas. Já o STF recebeu, em 2012, por exemplo, 73.464 ações, das quais 57.550 foram distribuídas e se somaram a um acervo já existente de 67.395 ações. Em 2012, ainda, 12.089 casos foram decididos colegiadamente, dos quais 1.129 decorreram de julgamentos plenários, que são públicos e televisionados. Essas disparidades são possíveis porque, em cada um dos sistemas, as regras que estruturam o processo decisório são diferentes. Essas regras, por sua vez, viabilizam diferentes opções aos juízes para perseguirem seus objetivos e preferências, atuando, por vezes, estrategicamente. Na Suprema Corte norte-americana o comportamento estratégico predomina na admissão dos casos, enquanto no STF ele prevalece no julgamento plenário.

[32] http://www.supremoemnumeros.com.br/

As regras e características do processo decisório nos EUA abrem espaço para grande discricionariedade na seleção dos casos, de modo que a Corte detém total controle sobre sua pauta, podendo escolher livremente o que deseja julgar. Não há qualquer exigência de justificação/motivação para a decisão que rejeita um caso. Formalmente, para que o caso seja aceito são necessários quatro votos nesse sentido. Os estudiosos da Corte norte-americana têm destacado a presença de considerações estratégicas nessa etapa do processo decisório, salientando que, ao votar pela aceitação de um caso, os juízes já têm em vista a decisão final. Eles calculam as chances de sua posição ser vencedora ou não, no mérito. Por vezes, rejeitam casos em que gostariam de ver revista a decisão da instância inferior, porque acreditam que sua posição não será vencedora na votação de mérito. De outro modo, podem votar pela aceitação do caso, mesmo concordando com a decisão da instância inferior, porque calculam que a maioria votará no sentido de manter a decisão, e isso fortalecerá a questão juridicamente. Assim, como os juízes sabem que a decisão da Corte se tornará precedente, lei, influenciando o direito do país, realizam cálculos estratégicos porque já têm em mente o estabelecimento futuro do direito.

No Brasil destacamos também a existência de filtros formais e informais presentes na fase inicial do processo decisório, mas verificamos que as considerações estratégicas são especialmente marcantes na fase do julgamento plenário. Um mecanismo importante e frequentemente utilizado, em geral de maneira desvirtuada, é o pedido de vista dos autos. Por meio desse pedido, o julgamento de uma ação que, em regra, deveria ser concluído em uma sessão, pode ser interrompido inúmeras vezes. Excetuando-se o relator, todos os ministros podem formular pedido de vista, inclusive contrariando a ordem de votação. Esse pedido permite a cada ministro exercer poder de veto sobre os julgamentos plenários, por vezes bloqueando uma decisão que já conta com maioria formada. Trata-se de um expediente estratégico utilizado para bloquear ou retardar o julgamento de questões politicamente sensíveis ou de grande impacto, permitindo,

ainda, o controle informal do tempo de duração do processo. Nesse ponto, a metodologia proposta para o estudo das decisões do STF em diferentes temas auxilia a apreensão do que ocorre em cada sessão plenária, evidenciando pontos de atuação estratégica.

Outrossim, destacamos as diferenças que existem no modelo de deliberação e de votação no EUA e no Brasil. Na Suprema Corte o papel desempenhado pelo *Chief Justice* (presidente) é particularmente influente, visto que goza da prerrogativa de escrever o voto da maioria ou designar outro *justice* para fazê-lo. A atribuição da redação da decisão dá ao juiz uma grande possibilidade de promover os resultados jurídicos que mais se conformam aos seus objetivos políticos. No Brasil, esse papel é desempenhado pelo relator. O voto apresentado por ele tem peso na fundamentação e no resultado dos casos, conforme apontado pela bibliografia mencionada.

Enquanto na Suprema Corte dos EUA há um modelo deliberativo que acaba por refletir uma organização dos votos e que favorece o entendimento da lógica da decisão, porque separa a *majority opinion* da *concurring opinion* e da *dissenting opinion* e possibilita a identificação das diferentes linhas argumentativas presentes na decisão proferida; no Brasil a decisão do STF se apresenta de maneira diferente. Um acórdão é composto por tantos votos quantos foram os ministros que participaram do julgamento, e esses votos são organizados pela ordem de votação. Para se apreender a *ratio dicendi* do Tribunal e as nuanças argumentativas dissidentes ou concordantes, é preciso ler todos os votos. Com base nas características do nosso processo decisório, há quem afirme que nosso modelo não é, de fato, deliberativo, e sim agregativo (BARROSO, 2010), salientando a presença de um personalismo nos julgamentos.

Com efeito, todas essas diferenças têm implicações para a análise do comportamento dos ministros do STF e não podem ser negligenciadas na elaboração de ferramentas metodológicas destinadas ao estudo empírico da Corte brasileira.

Referências bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. 2015. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 121-155.

BAILEY, Michael A; KAMOIE, Brian; MALTZMAN, Forrest. 2005. Signals from the Tenth Justice: The Political Role of the Solicitor General in Supreme Court Decision Making. *American Journal of Political Science*, v. 49, n. 1, p. 72–85.

BALEEIRO, Aliomar. 1968. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009. Solicitor General Influence and the United States Supreme Court. *Annual Meeting of the Southern Political Science Association*, New Orleans, Louisiana.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009b. Agenda-Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence*. The Journal of Politics*, v. 71, n. 3, p.1062–1075.

BARROSO. Luís Roberto. 2010. *Entrevista - Conversas Acadêmicas*. Disponível em http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-ii

BAUM, Lawrence. 1987. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BOUCHER, Robert L. Jr.; SEGAL, Jeffrey A. 1995. Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denials on the Vinson Court. *The Journal of Politics*, v. 57, n. 3, p. 824 - 837.

BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. 1988. Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. *The American Political Science Review*, v. 82, n. 4, p. 1109-1127.

CALDEIRA, Gregory, WRIGHT, John; ZORN, Christopher. 1999. Sophisticated Voting and Gate-keeping in the Supreme Court. In EPSTEIN, Lee. 2005. *Courts and Judges*. Washington University, p. 111-134.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. 2012. *Stare Decisis* e Súmula Vinculante: Uma Análise Comparativa sobre a Vinculação das Decisões na Jurisdição Constitucional. *Lex Humana*, v. 4, n. 1, 2012, p. 1-19.

COLLINS JR., Paul M. 2007. Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs. *Political Research Quarterly*, v. 60, n. 1, p. 55-70.

CORDAY, Margaret Meriwether; CORDAY, Richard. 2008. Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits. *Ohio State Law Journal*. v. 69, 2008, p.1-51.

DA ROS, Luciano. 2008. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988- 2007)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1998. *The Choices Justices Make.* Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1999. Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amicus Curiae. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, p. 215-235.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diogo Werneck. 2011. *I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas Direito Rio.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2012. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, p. 429-469.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A. e CHAVES, Vitor P. 2014. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

HAMMOND, Thomas; BONNEAU, Chris; and SHEEHAN; Reginald. 2005. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, California, Stanford University Press.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. 2011. *O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Empírica.* Economic Analysis of Law Review, v. 2, p. 170-187.

JOHNSON, Timothy R.; WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS, James F. 2004. The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court. *Annual meetings of the American Political Science Association*, Chicago, Illinois.

KLAFKE, Guilherme Forma. 2010. *Vícios do Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP. São Paulo.

KRISLOV, Samuel. 1963. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, p. 694-721.

KOERNER. Andrei. 2010. *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920).* 2. ed. Curitiba: Juruá Editora.

LAX, Jeffrey R. 2011. The New Judicial Politics of Legal Doctrine. *The Annual Review of Political Science*, p.131-157.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. 2009. *O STF na Crise Institucional Brasileira: Estudos de Caso: Abordagem Interdisciplinar de Sociologia Constitucional*. São Paulo: Malheiros.

MACIEL, Adhemar Ferreira. 2006. Restrição à Admissibilidade de Recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal do Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 30-35.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. & WAHLBECK, Paul. 1999. Strategy and Judicial Choice: New Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 43-64.

MAUÉS, Antonio Moreira. 2012. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 587-624.

MATTIUZZO, Marcela. 2011. *Voto Vencido, Fundamentação Diversa e Fundamentação Complementar: Um estudo sobre deliberação no Supremo Tribunal Federal.* Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP. São Paulo.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de S. Paulo*, Tendências/Debates, 1/2/10.

MESQUITA, Ethan Bueno de; ENSON, Matthew Stepheson. 2002. Informative Precedent and Intrajudicial Communication. *American Political Science Review*, v. 96, n. 4, p. 755-766.

MURPHY, Walter; PRITCHETT, Herman C.; EPSTEIN, Lee. 2002. *Courts, Judges and Politics: An Introduction to the Judicial Process*. 5th Edition. New York: McGraw-Hill.

NEUBAUER, David W., MEINHOLD, Stephen S. 2009. *Judicial Process: Law, Courts and Politics in the United States*. 5th Edition. Cengage Learning.

NICHOLSON, Chris; COLLINS JR, Paul M. 2007. Selecting Influence? The Solicitor General and the Supreme Court. *Annual Meeting of the Midwest Political Science Association*, Chicago, Illinois.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2011. *Justiça, Profissionalismo e Política: O STF e o Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2012. Supremo Relator: Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 80, p. 89 – 115.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2012b. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: Coalizões e "Panelinhas". *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 139-153, nov. 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 2015. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 28, n. 1, p. 105-133.

OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. 2012. Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach. *Emory International Law Review*, v. 26, 2012, p. 555-598.

PEREIRA, Saylon Alves. 2010. *Os Pedidos de Vista no Supremo Tribunal: Uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP. São Paulo.

PERRY Jr., H. W. 1991. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court.* Cambridge: Harvard University Press.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. 2006. *Repercussão Geral e Writ of Certiorari*. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RODRIGUES, Lêda Boechat. 1991. *História do Supremo Tribunal Federal, Tomo I: Defesa das Liberdades Civis (1891-1898).* 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

ROSENN, Keith S. 2011. Procedural Protection of Constitutional Rights in Brazil. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, issue 4, pp. 1009-1050.

SILVA, Virgílio Afonso da. 2009. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250.

TAVARES, André Ramos. 2005. A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. *A valorização dos precedentes pelos Tribunais e a jurisprudência defensiva*. 2015. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. 2008. A Constituição de 1998, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "à Brasileira". *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2008, p. 407-440.

VIEIRA, Oscar Vilhena. 1997. *A Constituição como Reserva de Justiça*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 53-97.

VIEIRA, Oscar Vilhena. 2008. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, p. 441-464.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Luci Costa. 2009. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, p. 21-44.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. 2012. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado em Direito - Universidade de São Paulo.

WAHLBECK, Paul J. 1997. The life of the Law: Judicial Politics and Legal Change. *The Journal of Politics*, v. 59, n. 3, august 1997, p. 778-802.

WAHLBECK, Paul J. 2006. Strategy and Constraints on Supreme Court Opinion Assignment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, No. 6, Symposium: The Chief Justice and the Institutional Judiciary, p. 1729-1755.

CAPÍTULO 6

OS COMBATENTES INIMIGOS E O GOVERNO BUSH: O PAPEL DA SUPREMA CORTE NA POLÍTICA EXTERNA DO GOVERNO BUSH (2001-2008)[1]

Cristina Carvalho Pacheco

Introdução

O presente capítulo volta-se para a análise do papel da Suprema Corte no cenário posterior ao 11 de Setembro de 2001, quando a Guerra ao Terror passou a dominar a agenda da política externa de George W. Bush (2001-2008). O foco volta-se para as interações entre Judiciário, Executivo e Legislativo, de modo a salientar as manobras presidenciais e reformas legislativas empreendidas nas ações que visavam a proteção dos direitos nos tribunais.

O período se destaca por ter provocado uma das mudanças mais rápidas na história da política externa dos Estados Unidos. O tom da campanha presidencial de Bush para as eleições de 2000 era de cautela ao tratar temas como o uso da força militar no exterior ou a participação do país nos processos de *nation building*. O ataque ao

[1] O presente capítulo foi elaborado como parte das atividades do GPD-CEIPOC no quadro do projeto do INCT-INEU. Foi resultado de uma pesquisa de Pós-Doutoramento realizada junto ao CLALS, da American University, sob a supervisão de Matthew M. Taylor, com financiamento da CAPES-Fubright, e publicado na Carta Internacional de 2015, edição. Gostaria de agradecer os comentários feitos por Adriano Marangoni, Alexandre C. C. Leite, Claudia T. Peixoto e Elias David Morales Martinez, durante a confecção do texto, cujo resultado final é de minha total responsabilidade.

World Trade Center[2] tornou-se um momento definitivo para a política externa do seu governo. Forneceu uma "oportunidade" para que a administração Bush travasse uma guerra internacional contra o terrorismo, cujo efeito imediato foi redirecionar o pensamento do país em assuntos internacionais.

Por se constituir um novo tipo de guerra, a primeira guerra do séc. XXI, direcionada a um inimigo sem face, sem território, contra o qual já não mais servia a mera estratégia da retaliação, era necessário instaurar uma estrutura a longo prazo para obter sucesso. E essa estrutura foi obtida por meio da elaboração de um conjunto de medidas normativas, algumas delas originadas no próprio Executivo federal, outras com o apoio do Legislativo, mas que compartilhavam um único objetivo: atribuir maior autonomia ao presidente da República para lidar com a Guerra Global ao Terror.

Dentre as medidas tomadas pela administração Bush tem-se a elaboração do termo "combatente inimigo", utilizado para enquadrar os suspeitos de terrorismo apenas através da palavra do presidente. Outro ponto importante envolveu a aplicação das Convenções de Genebra aos presos em questão. Por não se tratar de uma guerra convencional entre Estados-nação, a aplicação de tais convenções não seria necessária. Seguindo o fluxo de discussão de velhas e novas categorias de guerra, um importante debate envolveu a articulação entre os conceitos de ação preemptiva e guerra preventiva. Criou-se também uma estrutura de detenção na Base Naval de Guantánamo e, por fim, um novo sistema de Tribunais Militares foi designado para tratar suspeitos de terrorismo.

Guantánamo localiza-se em Cuba e foi ocupada pelos Estados Unidos em tratado estabelecido entre os dois países em 1903[3]. O

---

[2] Além dos dois aviões que se chocaram contra as torres do *World Trade Center*, o 11 de Setembro de 2001 incluiu a queda de um avião no Pentágono, a sede do Departamento de Defesa, localizado nos arredores de Washington, D.C., e a queda de um quarto avião em um campo aberto na Filadélfia. Aproximadamente três mil pessoas morreram nestes atentados.

[3] Conhecido como "Platt Amendment", tal tratado encontra-se em sua extensão no endereço a seguir: http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=55

acordo feito no início do século XX, após a guerra entre Espanha e Estados Unidos, define Cuba como detentora da soberania sobre a área arrendada, que concede aos EUA jurisdição e controle plenos durante o período de sua ocupação. Mas não define que período é esse. Tal particularidade coloca Guantánamo em uma condição muito particular que merece destaque no processo particular da Guerra ao Terror: a aparente "anomalia legal" de Guantánamo serve a um propósito muito preciso para os interesses americanos no exterior. Na avaliação de Hernandez-Lopez (2008), quatro são os objetivos que envolvem a anomalia legal de Cuba: (1) os Estados Unidos evitam exercer sua soberania no exterior; (2) limitam os incidentes de soberania ao território cubano; (3) evitam os limites constitucionais pela autoridade no exterior; e (4) protegem, no exterior, os interesses que sejam estratégicos. E o caso Boumediene serve a essa anomalia exatamente. Para defender que os presos tenham acesso ao *habeas corpus* e tenham seus direitos protegidos pela Constituição dos EUA, a Corte se depara com o fato de que os EUA exercem uma soberania de fato em Guantánamo.

Parte desses esforços foram questionados nas cortes federais. E, pela via recursal, alguns chegaram à Suprema Corte americana, em um conjunto de decisões que ficou conhecida como *detainee decisions*. O primeiro grupo engloba os casos *Hamdi v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2004a), *Rumsfeld v. Padilla* (UNITED STATES, 2004b) e *Rasul v. Bush* (UNITED STATES, 2004c), todos julgados no mesmo dia, 28 de junho de 2004. Dois anos depois, outro caso foi julgado, *Hamdan v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2006b). E o último caso julgado ainda no governo Bush foi *Boumediene v. Bush* (UNITED STATES, 2008), cuja decisão foi proferida em 2008. Em cada um destes casos, a Corte estabeleceu limites aos poderes da administração Bush para deter suspeitos de terrorismo. Os casos julgados em 2004 forçaram o governo a implementar tribunais que confirmassem a condição de combatentes inimigos dos presos de Guantánamo. A decisão de 2006 não reconheceu os procedimentos aplicados pelas Comissões Militares, que violavam

não apenas a legislação doméstica como também as Convenções de Genebra. Em 2008, a Corte entendeu que os presos de Guantánamo tinham seus direitos protegidos pela Constituição dos EUA. Cada uma destas decisões provocou no governo Bush a elaboração de uma nova estratégia.

É este o cenário em que o presente capítulo se propõe a mergulhar de modo a discutir o papel do Judiciário na política externa dos EUA. Neste sentido, estabelece um diálogo com as abordagens individualistas tratadas no primeiro capítulo, cuja proposta consiste em ver o juiz como um ator político, cuja decisão judicial se constitui em uma ação política. As regras jurídicas são acionadas pelo juiz na medida em que se tornam instrumentos para atingir o seu objetivo individual. Afasta-se um pouco, visto que não se volta apenas para as decisões individuais dos juízes mas para a decisão final da Corte, ou seja a Suprema Corte em si, como um ator político, inserido no jogo político no qual participa, ainda que de maneira indireta e não tão incisiva, na produção da política externa dos EUA.

Sustenta-se neste capítulo que através de um arcabouço teórico eficiente, embora impreciso em alguns momentos, elaborado a partir do argumento da natureza singular da Guerra ao Terror, o Executivo ampliou significativamente seu poder de ação na arena dos poderes presidenciais de guerra e de política externa. A ampliação desse poder, ainda que balizado em grande medida tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, perpetua uma relação de legitimação dos atos executivos que vêm se consolidando desde o início do século XX.

Um novo tipo de guerra

O argumento apresentado pela administração Bush após o atentado às Torres Gêmeas era simples: a Guerra Global ao Terror era um novo tipo de guerra, que envolvia um novo tipo de inimigo. Isso foi reforçado por artigo publicado no *New York Times*, de 27 de setembro de 2001, por Donald Rumsfeld, na época secretário de Defesa,

com o sugestivo título "um novo tipo de guerra"[4], no qual defendeu a singularidade dessa guerra: não é uma guerra contra um indivíduo, um grupo, uma religião ou um país. O oponente é uma rede global de organizações terroristas e também o são os Estados que a patrocinam. Tampouco o vocabulário é comum ao conflito: a invasão do território inimigo talvez signifique a invasão do seu *cyberspace*. Mas, apesar da sua singularidade, uma característica não se modifica, ressalta Rumsfeld ao final do artigo, "a América permanece indomável".

Diante deste novo inimigo, Bush agiu rapidamente, e obteve autorização do Congresso Nacional para investir militarmente contra o Afeganistão e posteriormente contra o Iraque, com a aprovação dos seguintes documentos: a "Autorização para Uso de Força Militar" (AUMF – *Authorization for Use of Military Force*) e o "Ato Patriótico" (*Patriot Act of 2001*).

Submetida a votação no Congresso Nacional uma semana após o ataque às Torres Gêmeas, a AUMF é uma resolução conjunta do Executivo e do Congresso, que autoriza o presidente a usar todas as forças necessárias e apropriadas contra nações, organizações e pessoas que tenham planejado, autorizado, cometido ou auxiliado a cometer os ataques terroristas do 11 de Setembro, e também contra aqueles que tenham abrigado essas organizações e pessoas. O escopo da autorização é excepcionalmente amplo, na opinião de Wheeler (2008, p. 06), o que a torna uma arma estratégica na luta travada pelo Executivo federal contra o terrorismo.

Ainda que todo o processo de aprovação dessa norma na esfera federal tenha sido muito rápido, o documento não incorporou uma das *whereas clauses*[5] em seu preâmbulo, que previa: "Considerando que o presidente tem autoridade sob a Constituição de tomar medidas para impedir e prevenir atos de terrorismo internacional contra os Estados

[4] Tanto Guzzini (2002) quanto Forsythe (2006) defendem a ausência desses "novos" elementos na cruzada contra o terrorismo. Cada um dos argumentos será apresentado ao longo do artigo.

[5] A *Whereas Clause* é uma cláusula geralmente presente no início de um documento legal, no direito americano, que apresenta as pretensões e finalidades daquele documento.

Unidos...". Em artigo de opinião publicado no *Washington Post*, de 23 de dezembro de 2005, o senador Thomas Daschle (democrata-South Dakota) garantiu que a referida cláusula, não prevista no original apresentado pelo governo ao Congresso, foi objeto de manobra para tentar figurar no texto minutos antes da votação no Senado. (DASCHLE, 2005). O problema é que se tal cláusula, aliada à inserção de outras expressões ao longo do texto, estivesse presente na versão final do documento, aprovada pelo Senado, autorizaria o presidente a exercer seus poderes não apenas além-mar, mas até mesmo em solo estadunidense e, potencialmente, contra cidadãos americanos[6].

Tanto a ampliação do escopo do AUMF como a insistência em permitir que o presidente exerça seus poderes até mesmo contra cidadãos americanos, foram objeto de debate travado entre o Executivo e o Judiciário sobre o papel do presidente no tocante aos assuntos de política externa e poderes de guerra.[7]

A Seção 2 do Artigo II[8] da Constituição dos Estados Unidos determina que o presidente da República será o comandante em chefe das Forças Armadas. Mas, na percepção do setor jurídico do Executivo federal, tal artigo não define de maneira explícita o escopo de seu poder e, com isso, abre espaço para interpretações e ambiguidades.

Uma destas interpretações está presente em memorando elaborado pelo Departamento de Justiça (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 136) e publicado em fevereiro de 2002, sobre o estatuto jurídico das Forças Militares do Taliban em relação ao Artigo IV da 3ª Convenção de Genebra de 1949[9]. O Departamento de Justiça defende que a autoridade

[6] A questão de incluir também cidadãos americanos na Guerra ao Terror é debatido em decisões julgadas na Suprema Corte, como os Casos Padilla e Hamdi, analisados a seguir.

[7] Há uma expressiva literatura sobre isso, mas que neste texto será mencionada tangencialmente.

[8] A primeira parte da Seção 2 do referido Artigo define que "O presidente será o chefe supremo do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos. Poderá pedir a opinião, por escrito, do chefe de cada uma das secretarias do Executivo sobre assuntos relativos às respectivas atribuições. Terá o poder de indulto e de graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto nos casos de *Impeachment*."

[9] Este documento será referido novamente quando do tratamento da questão das Convenções de Genebra, mais à frente.

do presidente como comandante em chefe das Forças Armadas em tempos de guerra se sobrepõe a qualquer lei da nação: "O presidente usufrui de total discrição no exercício da autoridade de comandante em chefe e na condução de operações contra forças hostis".

Consoante tal posicionamento se encontra a expressão utilizada por Bush (2001) em carta enviada aos líderes do Congresso dois dias após ter informado à nação que atacaria o Afeganistão[10]. Nessa carta o presidente anunciava a pretensão de assumir sua autoridade constitucional inerente para conduzir os assuntos internacionais enquanto comandante em chefe das Forças Armadas. O referido posicionamento resgatava interpretação aplicada pela Suprema Corte em importante decisão histórica na qual foi apresentada a "Doutrina do Órgão Único".

Tal doutrina foi emitida em decisão da Corte no *Caso U. S. v. Curtiss Wright*[11] (UNITED STATES, 1936). O caso envolvia o descumprimento, por parte da referida empresa, de embargo estabelecido por resolução conjunta entre Congresso e presidente, ao realizar venda de armas para países da América do Sul envolvidos na Guerra do Chaco, o conflito territorial entre a Bolívia e o Paraguai, ocorrido de 1932 e 1935. A Curtiss-Wright, empresa da área de aviação, havia vendido bombardeiros para a Bolívia em 1933. Ao ser acusada de violação do referido embargo, a empresa alegou que as bases deste eram inválidas pois o Congresso havia delegado seus poderes ao Executivo federal em uma área que não poderia ter feito. O ministro Sutherland entendeu que a autoridade nos assuntos internacionais pertencia essencialmente ao Executivo federal que, na sua opinião, "pertencia ao poder muito dedicado, pleno e exclusivo do presidente enquanto órgão único do governo federal no campo das Relações Internacionais. Um poder que não requer para a base de seu exercício um ato do Congresso".

[10] A declaração de guerra feita pelo Executivo federal e consequente invasão ao Afeganistão ocorreu em 7 de outubro de 2001.

[11] Esse caso é objeto de minha pesquisa em curso, com financiamento do CNPq, sobre as decisões referenciais (*landmark cases*) produzidas pela Suprema Corte dos EUA no tocante à política externa no séc. XX.

O curioso é que essa decisão abriu espaço para que os presidentes subsequentes utilizassem os acordos executivos[12] como meio principal para manter sua hegemonia nos assuntos de política externa (ADLER, 1996, p. 27). A utilização dos acordos executivos foi referendada em decisões futuras da Suprema Corte, como nos casos *U.S. v. Belmont* (UNITED STATES, 1937), julgada em 1937, e *U.S. v. Pink* (UNITED STATES, 1941), decidida em 1941. Ambas as decisões, elaboradas a partir de *Curtiss Wright*, podem ser consideradas, na opinião de Adler (1996, p. 29), facilitadoras da tendência de aumento do poder do presidente na arena da política externa, ao menos no que se refere ao uso dos acordos executivos.

O segundo documento aprovado rapidamente após o 11 de Setembro foi o Ato Patriótico[13], de 24 de outubro de 2001, que autoriza prisões imediatas, rejeita o compartilhamento de processos investigativos e permite o livre acesso a informações particulares e confidenciais, ao mesmo tempo que suprime, em grande parte das medidas ali contidas, o devido processo legal. Esta lei teve, em 26 de maio de 2011, durante a presidência de Barack Obama, sua validade estendida por mais quatro anos.

Estes dois documentos compõem, ao lado da Estratégia de Segurança Nacional[14] (*National Security Strategy - NSS),* o que se

---

[12] Embora não estivessem previstos na Constituição dos EUA, tampouco nas discussões dos "federalistas", os decretos executivos começaram a ser validados pela Suprema Corte nas decisões proferidas nos *Casos Belmont e Pink*. No primeiro caso, o ministro Sutherland validou um decreto executivo emitido por Franklin Delano Roosevelt, que negociava a recuperação de investimento realizado por metalúrgica russa em um banco nos EUA antes da Revolução Russa de 1917. Com o restabelecimento das relações diplomáticas entres os dois países em 1933, a URSS solicitou ajuda dos EUA para tentar recuperar os ativos que, agora, pertenciam ao país, uma vez que a empresa havia sido nacionalizada. A validade desse documento foi resgatada em 1942, no segundo caso, Pink. Nele, o ministro Douglas invocou a doutrina do órgão único, bem como o reconhecimento do poder do decreto executivo. Ambas as decisões fazem parte, em conjunto com o *Caso Curtiss* Wright, da pesquisa que realizo junto ao CNPq, referida em nota anterior.

[13] Em inglês, forma o acrônimo pelo qual ficou conhecido: USA PATRIOT Act: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism.

[14] Preparada periodicamente pelo Executivo federal e endereçada ao Congresso, a Estratégia de Segurança Nacional contém as principais preocupações de segurança nacional e, neste momento do cenário do país, particularmente, como o governo lidará com os "combatentes inimigos".

convencionou chamar de "Doutrina Bush". Talvez a *NSS*, lançada pelo Executivo em setembro de 2002, constitua o documento no qual tal "doutrina" se encontra mais acentuada. A Doutrina Bush[15] contém quatro elementos, na sistematização proposta por Jervis (2003, p. 366): (a) a forte crença no papel determinante que a política doméstica tem na definição da política externa dos EUA; (b) a vontade de agir unilateralmente, quando necessário; (c) a percepção de que grandes ameaças só podem ser combatidas através de políticas novas e vigorosas, com destaque para a guerra preventiva; e, por fim, (d) como um resumo desses elementos, o sentimento dominante de que a paz e a estabilidade exigem a afirmação da supremacia dos EUA na política mundial.

As Convenções de Genebra

Por ser uma nova modalidade de guerra, nela não caberia a aplicação de regras já estabelecidas, e aplicadas em guerras "convencionais", o caso das Convenções de Genebra. Esse argumento foi defendido por Alberto Gonzalez, advogado-geral da União, em recomendação endereçada ao presidente Bush no início de 2002. Pfiffner (2008, p. 126) ressalta que Colin Powell, secretário de Estado na época, questionou as razões para tal posicionamento. A não aplicação das Convenções, na percepção de Powell[16], traria prejuízos significativos à administração do ponto de vista da reação internacional a tal medida. Bush publicou memorando em 7 de fevereiro de 2002, no qual determinou a não aplicação de tais provisões aos prisioneiros da Al Qaeda visto

[15] Singh (2006, p. 12) entende que a doutrina, ainda que não tenha sido formalmente articulada pelo presidente Bush, possui quatro elementos-chave, um pouco distintos dos elementos propostos por Jervis: (a) a guerra preventiva; (b) a relação entre, de um lado, as armas de destruição em massa e, do outro, o terrorismo catastrófico; (c) a mudança de regime dos Estados falidos; e (d) a promoção da democracia.

[16] Colin Powell, secretário de Estado de Bush Jr., compareceu à ONU em 05 de fevereiro de 2003 para defender a invasão ao Iraque, com base em provas "irrefutáveis e inquestionáveis" da existência de armas de destruição em massa. Essa alegação se comprovou falsa e Colin Powell se afastou do governo em 2004. Nas últimas eleições presidenciais, em 2008, Powell declarou seu apoio a Barak Obama.

não se constituir em uma das partes do referido documento. Com isso, o Executivo federal desobrigava a sua inteligência de aplicar aos suspeitos detidos os direitos pertinentes a um “prisioneiro de guerra”.

Mas esta não foi a única norma de direito internacional que a administração Bush não seguiu. Permitiram também a utilização de técnicas agressivas de interrogatório por setores da inteligência militar americana, consideradas por outros setores dentro do país, e por diversos outros países do mundo, como “tortura”. Mas esta questão foi cuidadosamente trabalhada pelo setor jurídico da administração Bush, após solicitação da CIA do que seria interpretação legal do termo “tortura”, como definido no Código Legal americano[17] que implementa, ao seu próprio modo, as Convenções de Genebra.

As Convenções de Genebra requerem que nenhum tipo de tortura seja aplicável a prisioneiros de guerra visando a obtenção de qualquer informação. Já a Convenção contra Tortura[18], também da ONU, elaborada em 1984, da maneira como foi ratificada nos EUA, enfatiza que nenhuma circunstância excepcional, seja um estado de guerra, apenas sua ameaça, instabilidade política interna ou qualquer outro tipo de emergência pública, pode ser invocada de modo a justificar a tortura. O Ato de Proteção das Vítimas de Tortura de 1991[19], aprovado pelo Congresso dos EUA define tortura como um ato cometido por uma pessoa agindo sob a regra da lei com a clara intenção de aplicar dor física ou mental ou sofrimento severo em pessoa sob sua custódia ou controle físico.

Jay Bybee[20], na época assistente do advogado geral da União, Alberto Gonzalez, redigiu um dos memorandos mais controversos

---

[17] O termo encontra-se definido em sua versão em inglês no *United States Code*, *Title 18, Crimes and Criminal Procedure, Chapter 113C, Torture,* § 2340. Para maiores detalhes: http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2340

[18] Para maiores detalhes sobre essa Convenção, ver: http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf

[19] O ato localiza-se em http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c102:H.R.2092.ENR:

[20] Foi nomeado para o cargo em novembro de 2001 e permaneceu até março de 2003, quando passou a ocupar o cargo de juiz federal da Corte de Apelações do 9º Circuito. Disponível em http://www.fjc.gov/public/home.nsf/hisj. Acessado em 31/01/2014.

do período, atualmente conhecido como "Torture Memo". Nele, Bybee interpreta as passagens acima de modo a considerar a definição de tortura como um ato que imprime dor equivalente em intensidade com a dor que acompanha uma injúria física séria, como falha dos órgãos, prejuízo das funções corporais ou até mesmo morte. Essa definição restrita acabou permitindo um amplo conjunto de ações brutais[21] que seriam consideradas como tortura pela Anistia Internacional, *Human Rights Watch*, e até mesmo pelo Departamento de Justiça.

Considerado por Pfiffner (2008, p. 124) um defensor histórico dos direitos humanos, os Estados Unidos tiveram em George W. Bush não apenas o primeiro presidente do país a defender a não aplicação das Convenções de Genebra para tratar prisioneiros de guerra como também o primeiro e único presidente, até o presente momento, a defender publicamente o direito de torturar seus detentos.

O termo "combatente inimigo"

Em conformidade com o que alegou ser seu poder constitucional exclusivo em assuntos de política externa e poderes de guerra, Bush emitiu uma ordem militar em 13 de novembro de 2001 (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 25) na qual autorizava a criação de Tribunais Militares para processar qualquer indivíduo não cidadão que tivesse auxiliado de alguma forma os atos terroristas do 11 de Setembro.[22] A ordem militar seguia de perto o modelo estabelecido por Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), que nomeou um Tribunal Militar em 1942 para processar oito sabotadores alemães, conhecido como *Ex Part Quirin*. (UNITED STATES, 1942).

[21] Não serão listados aqui os itens considerados tortura e os excluídos dessa noção, embora isso se encontre no referido documento. Para maiores detalhes, consultar http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/torturingdemocracy/documents/theme.html. O mesmo *site* lista outros documentos produzidos no período da Administração Bush. Alguns, contudo, encontram-se censurados.

[22] Fisher (2013, p. 203) alerta para o fato que, dentro dos Estados Unidos, essa ordem militar atingia potenciais 18 milhões de pessoas.

Nesse caso, a Suprema Corte se referiu aos oito alemães como "combatente ilegais", um termo aplicado àqueles que entram no país, na condição de civis, para executar uma determinada ação ilegal. Na referida situação, Roosevelt também concentrou significativo poder, ao nomear o Tribunal, selecionar os juízes, os promotores e o Conselho de Defesa, e ser autoridade de revisão final. O Conselho de Defesa de Roosevelt, composto por generais e coronéis, além de promotores, estava subordinado à Presidência da República. E os crimes de guerra tampouco foram definidos pelo Legislativo, o mesmo ocorrendo com a sentença. Ambos foram definidos a partir de interpretação executiva do que seria um direito de guerra. (FISHER, 2013, p. 205).

Já o governo Bush estabeleceu uma política em relação aos prisioneiros após o 11 de Setembro que previa a detenção em Guantánamo, a recusa na atribuição de um crime aos detentos, a sua incomunicabilidade com o mundo exterior, extraindo-lhes o direito de acesso a advogados, bem como resguardando o direito de mantê-los em cárcere por tempo indeterminado ou de trazer a questão a um tribunal. Na opinião de Amman (20014, p. 267), o problema foi quando Bush aplicou a mesma regra a cidadãos americanos, como nos Casos Hamdi e Padilla, apresentados a seguir. Não há no Caso Quirin argumentos que justifiquem a prisão por tempo indeterminado.

Embora o termo "combatente inimigo" ("*enemy combatant*") não seja considerado novo (WHEELER, 2008), por já ter sido referido no caso *Ex Parte Quirin*, ainda que sob nomenclatura um pouco distinta, "combatente ilegal" ("*unlawfal combatant*"), John Yoo, assistente do procurador-geral durante o governo Bush, entre os anos de 2001 e 2008, defendeu que tal categoria não fosse aplicada aos suspeitos de terrorismo.

Independentemente da relação entre um termo e outro, não é possível deixar de ressaltar algumas particularidades da categoria "combatente inimigo": não se encontra definido no *Uniform Code of Military Justice*; tampouco em qualquer outro documento legal. O

mesmo inexiste no direito internacional. Qualquer pessoa que lute em qualquer tipo de conflito militar organizado pode ser considerada combatente inimigo. Mas isso não significa que num conflito militar já não existam categorias predefinidas, como espiões, sabotadores e guerrilheiros, exemplos frequentemente considerados combatentes ilegais. (WHEELER, 2008, p. 24).

Apesar da ressalva feita por Yoo, a administração Bush decidiu adotar posicionamento expresso em memorando do Departamento de Justiça (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 136), em fevereiro de 2002, e designar automaticamente os soldados do Taliban e da al Qaeda como combatentes inimigos. Assinado por Jay Bybee e endereçado a Alberto R. Gonzales, emitia parecer sobre o estatuto jurídico das Forças Militares do Taliban em relação ao Artigo IV da 3ª Convenção de Genebra de 1949.

Na opinião de Wheeler (2004, p. 24), o termo contribuiu para causar confusão, posto que a designação correta seria "inimigos combatentes ilegais" (*unlawful enemy combatants*). Como muitas decisões tomadas por essa administração, a aplicação de tal terminologia foi feita por um círculo relativamente pequeno de conselheiros da Casa Branca. O círculo também decidiu que tal designação seria feita pelo presidente da República, como parte do seu poder executivo inerente enquanto comandante em chefe das Forças Armadas. E não estava sujeita à revisão por outro ator ou instituição governamental. (GREENBERG, DRATEL, 2005, p. 03[23])

Outro ponto que merece destaque é como o significado dessa categoria flutua ao longo da presidência de George W. Bush. Inicialmente foram designados como tais os soldados que pertenciam ao Taliban e al Qaeda, conforme o documento citado. Já em novembro de 2002, o Departamento de Defesa definiu como combatente inimigo "um

[23] Memo de John Yoo para Timoty Flanigan: The President's Constitutional Authority to conduct military operations against terrorists and nations supporting them.

indivíduo que, sob as leis e costumes de uma guerra, pode ser detido pela duração do conflito armado".

As decisões da Suprema Corte referentes aos "combatentes inimigos"

1. Caso Hamdi

Tão logo as Torres Gêmeas foram atingidas, Bush defendeu a natureza singular e diferenciada do conflito, cuja resposta seria elaborada a longo prazo. Nesse caso, os detentos do conflito seriam mantidos por tempo indeterminado? Isso foi discutido quando do julgamento de Yasser Hamdi, pela Suprema Corte, em 28 de junho de 2004. Nascido nos EUA, Hamdi mudou-se para a Arábia Saudita ainda criança e juntou-se às forças do Taliban em julho 2001. Foi capturado no final do mesmo ano no Afeganistão e, em virtude de sua filiação ao Taliban, foi considerado combatente inimigo e transferido para Guantánamo em janeiro de 2002. Uma vez identificado como cidadão americano, foi transferido para uma prisão na Carolina do Sul, onde foi mantido incomunicável. O governo alegou que a designação "combatente inimigo" permitia detê-lo indefinidamente sem nenhuma acusação formal. (WHEELER, 2008, p. 27). A petição de *habeas corpus* alegava que sua cidadania americana lhe garantia direitos constitucionais que estavam sendo violados, como a 5ª e a 14ª Emendas à Constituição Federal do país.[24] A Corte Federal de Circuito[25] rejeitou os argumentos fornecidos por Hamdi e permitiu que o governo desconsiderasse completamente

---

[24] A 5ª Emenda institui um conjunto de garantias contra o abuso da autoridade estatal, como o julgamento por um Grande Júri, o direito de evitar a autoincriminação, o direito de ser julgado apenas uma vez pelo mesmo fato e o direito ao devido processo legal. (UNITED STATES, 1787). Por sua vez, a 14ª Emenda requer que os Estados forneçam proteção igual à lei a todas as pessoas que se localizem dentro de sua jurisdição.

[25] As Cortes Distritais pertencem ao sistema federal de Cortes dos EUA, cuja jurisdição volta-se para a oitiva de casos federais, tanto cível como criminal. Existem 94 Cortes Federais de Distrito: uma para cada estado da federação, ao menos, outra para o distrito de Colúmbia e para Porto Rico. Três territórios dos EUA (*Virgin Islands*, *Guam* e *Northern Mariana Islands*) também possuem Cortes de Distrito.

o pedido de *habeas corpus.* Diante da decisão desfavorável, Hamdi apelou à Suprema Corte dos EUA (UNITED STATES, 2004a).

A Suprema Corte respondeu as seguintes questões em junho de 2004: (1) O presidente tinha autorização para deter Hamdi?; (2) Hamdi tinha autorização para contestar sua designação de inimigo combatente e, se sim, como?; e (3) O governo tinha permissão para manter Hamdi preso por tempo indeterminado e sem nenhuma acusação específica?

A primeira questão apontou uma forte fratura na Corte: por 5x4, a Corte entendeu que a *Authorization for Use of Military Force* (AUMF) autorizava o presidente a deter Hamdi. Quatro desses ministros, contudo, entendiam que a AUMF não se constituía autorização suficiente para as ações presidenciais, por não ter explicitado situações como as de Hamdi – cidadão americano.

Quanto à designação de Hamdi como um combatente inimigo, a Corte aceitou a definição apresentada pelo governo: "um indivíduo que era parte ou apoiava as forças hostis aos EUA ou suas coalizões no Afeganistão e que tinham se engajado no conflito armado contra os EUA". Nessa definição, o governo não mais destaca a duração do conflito, mas sim a localização geográfica, elemento que seria rapidamente descartado. Isso porque, em 2007, o Departamento de Defesa o definia como "indivíduo que faça parte ou apoie as forças do Taliban ou da al Qaeda, ou suas forças associadas que estejam engajadas nas hostilidades contra os EUA ou contra os parceiros da coalizão. Isso inclui qualquer pessoa que tenha cometido um ato beligerante ou tenha apoiado diretamente hostilidades em auxílio às forças armadas do inimigo". A imprecisão de termos como "apoio direto" ou "ato beligerante" foi um dos pontos preocupantes da definição, na opinião de Wheeler (2008, p. 25). E claro, não fez nenhuma referência à duração do conflito, tampouco à limitação geográfica, ampliando ainda mais seu espectro se comparada com as definições anteriores.[26]

[26] Esse problema só seria respondido em 2008, no *Caso Boumediene v. Bush.*

A terceira questão referia-se à extensão do tempo de prisão de um combatente inimigo, mesmo quando se tratasse de um cidadão americano. Regra geral, um preso de guerra capturado durante um conflito é mantido preso pelo tempo que este conflito durar. Uma vez encerrado o conflito, o detento é solto. A Guerra ao Terror, como já frisado pela administração Bush, diferencia-se dos conflitos tradicionais pelo seu caráter global e pela natureza indeterminada do conflito. Neste ponto também a Corte se dividiu. Embora os ministros tenham reconhecido a importância de deter tanto os inimigos legais como os ilegais durante o conflito, a indefinição do tempo constituía um problema em potencial.

2. Caso Padilla

Também nascido nos EUA, Padilla foi preso no aeroporto de Chicago no dia 8 maio de 2002, logo após desembarcar de um voo oriundo do Paquistão, sob suspeita de planejar a explosão de uma "bomba suja"[27]. Em 9 de junho do mesmo ano foi enquadrado como combatente inimigo e transferido para uma prisão militar em *Charleston*, na Carolina do Sul. No dia 11 de junho seus advogados ingressaram com um pedido de *habeas corpus*, negando tais acusações e demandando que o governo liberasse Padilla. Após sucessivas decisões em instâncias inferiores, seu caso chegou à Suprema Corte (UNITED STATES, 2004b), que anunciou sua decisão em 28 de junho de 2004. Mas antes disso, um conjunto de eventos incomuns envolveram este caso, diferenciando-o do caso anterior.

O governo realizou uma conferência de imprensa divulgando informações referentes ao caso, na qual apresentou Padilla como um soldado da Al Qaeda altamente qualificado cuja missão envolvia o assassinato indiscriminado de um conjunto de pessoas. Quando a

[27] Feita de material radioativo, é rústica e de baixo custo, pois possui um princípio de funcionamento simples, como os explosivos convencionais. Mas seu poder de destruição é grande, já que ao ser acionada espalha material radioativo em forma de uma nuvem de poeira que, se transportada pelo vento, atinge uma área bem maior do que a da própria explosão.

Corte anunciou a sua decisão, o argumento vencedor, apresentado por Rehnquist, envolvia duas questões básicas: a) que a Corte de Nova Iorque não era competente para julgar o caso, posto que ele estava preso na Carolina do Norte no momento em que ingressou com o *habeas corpus*; e b) que Rumsfeld, a parte contrária, não era competente nesse caso. Os casos de *habeas corpus* devem ser endereçados diretamente à pessoa que o prendeu, neste caso, o coronel John J. Marr, na época à frente da Prisão Militar da Carolina do Norte. Padilla manteve, contudo, o direito de reiniciar seu processo na Corte Federal de Distrito da Carolina do Norte.

E o fez. A negativa produzida pelos juízes inferiores resultou na apresentação desse caso, mais uma vez, na Suprema Corte, que agora teria condições de decidir seu mérito, posto que as questões formais haviam sido corrigidas. Mas o governo Bush intercedeu novamente e anunciou sua transferência para uma prisão civil, sob novas acusações, agora de crime comum. Com essa medida, Padilla deixava de se enquadrar na condição de combatente inimigo.

Na análise de Wheeler (2008, p. 71), o caso apresenta um dos importantes dilemas da administração Bush: seus poderes presidenciais de guerra incluíam a prisão de terroristas em prisões militares. Contudo, antes do 11 de Setembro, suspeitos de terrorismo eram julgados em cortes criminais, e não militares. A estratégia implementada pela administração neste caso teria importantes implicações para a guerra ao terror, ao mostrar que o governo não pretendia esperar mais um ataque se concretizar. Utilizou todos os meios necessários para prender qualquer suspeito que estivesse nas ruas.

3. Caso Rasul

A terceira e última decisão julgada pela Suprema Corte no mesmo dia que Hamdi e Padilla foi *Rasul v. Bush*[28] (UNITED STATES, 2004c).

[28] Essa decisão já foi objeto de estudo mais detalhado em artigo no qual propus a análise da relação entre as instituições Judiciário, Legislativo e Executivo durante o período da Guerra ao

Nascido na Inglaterra, Shafiq Rasul foi preso no Afeganistão e transferido para a custódia americana em dezembro de 2001. As circunstâncias de sua prisão não são claras. (WHEELER, 2008, p. 93). Ingressou com pedido de *habeas corpus*, através do *Center For Constitutional Rights*[29], na Corte do Distrito de Colúmbia, localizada em Washington, D.C., no início de 2002, questionando a ordem militar emitida por Bush, em 13 de novembro de 2001[30], como uma violação não apenas do direito internacional mas também da Constituição dos EUA. Em primeira instância, a Corte do Distrito acatou o argumento do governo federal, sobre a ausência de competência para julgar casos que envolvessem presos de Guantánamo que, por sua natureza particular, é dotada de soberania cubana e jurisdição americana (AMANN, 2004).[31] Rasul recorreu da opinião da Corte do Distrito à Suprema Corte dos EUA.

A Suprema Corte entendeu que o estatuto do *habeas corpus* confere às Cortes distritais jurisdição para ouvir os pedidos que questionavam a legalidade das prisões de Guantánamo. O argumento vencedor, redigido pelo ministro Stevens, considerava que, embora não se encontrasse tecnicamente dentro dos EUA, a Base Naval era, para todos os propósitos, parte dos EUA. E até mesmo os detentos não cidadãos possuíam o direito de ingressar com pedido de *habeas corpus* nas Cortes distritais. Com isso, reverteu as decisões inferiores. Wheeler (2008, p. 96) considera que tal decisão foi um aviso ao Congresso e ao presidente para que tivessem o cuidado de garantir alguma instância de recurso (*due process*) aos presos de terrorismo detidos em Guantánamo.

Se foi um aviso ou não, não há como negar que as três decisões em conjunto provocaram uma reação imediata no Executivo federal

---

Terror. Para maiores detalhes, ver Pacheco (2011)

[29] Fundada em 1966 por advogados que representavam os movimentos pelos direitos civis no Sul, é uma organização sem fins lucrativos com longo histórico de proteção dos direitos civis. Tem tido participação importante no caso dos detentos de Guantánamo. Para maiores informações, sugere-se o *site*: http://ccrjustice.org/missionhistory.

[30] Essa ordem foi objeto de análise quando da discussão acerca do termo “combatente inimigo”.

[31] A questão será mais detalhada no *Caso Boumediene*.

que, através de seu Departamento de Defesa (UNITED STATES, 2004d), lançou, na semana seguinte à decisão, uma ordem executiva estabelecendo os Tribunais para Revisão do Estatuto de Combatente (*Combatant Status Review Tribunal* – CSRT)[32], cuja função consistia em determinar se os detidos de Guantánamo se enquadravam na categoria "combatente inimigo", qualquer que ela fosse. O termo assumia aqui o significado de "um indivíduo que seja parte ou tenha apoiado as forças do Talibã ou da Al Qaeda, ou forças associadas que estiveram engajadas nas hostilidades contra os EUA ou coalizões associadas a eles".

Todos os detentos de Guantánamo enquadravam-se na definição acima e foram julgados por esse Tribunal. Das 572 audiências ocorridas entre agosto de 2004 e junho de 2007, 93% dos presos foram enquadrados na categoria. (SODER, 2009). O governo também adicionou ao processo uma revisão anual dos detentos, que visasse determinar se eles continuavam qualificando-se como tal. Para Wheeler (2008, p. 39), não se tratava apenas de uma reação do governo à decisão da Corte, mas uma reação extremamente rápida. Em mais de 80% dos casos a audiência foi julgada no mesmo dia em que o processo iniciou. Para Wheeler (2008, p. 41), essa rapidez no processo oferece um indício consistente da ausência de presunção de inocência para os presos. Na sua opinião, as audiências serviram para determinar se tais presos ainda poderiam ser considerados combatentes inimigos.

Talvez em razão da pretensão em buscar um papel mais proeminente na Guerra ao Terror, o fato é que o Congresso Nacional aprovou, em setembro de 2005, o Ato de Tratamento dos Prisioneiros (DTA –*Detainee Treatment Act of 2005*). Tal ato proibia o tratamento desumano de detentos e limitava o acesso dos advogados aos presos e o direito dos presos de ingressar com ações em Cortes federais,

[32] Os procedimentos previstos no CSRT diferem significativamente do devido processo legal garantido aos presos comuns que se encontram submetidos à Constituição dos EUA. Cada detento tem um militar designado como seu representante pessoal, cuja função é auxiliá-lo ao longo das audiências, mas não possuem o direito a um conselheiro legal. Cada tribunal é composto por três oficiais militares e um deles é um juiz militar. O detento tem o direito de estar presente em todos os procedimentos do tribunal e tem direito a um intérprete se necessário.

atribuindo competência exclusiva à Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia para rever as decisões produzidas a partir dos CSRT. (SODER, 2009, p. 07).

4. Caso Hamdan

Em 2006, a Suprema Corte não reconheceu os procedimentos aplicados pelas Comissões Militares no julgamento do caso *Hamdan v. Rumsfeld* (UNITED STATES, 2006b), o primeiro caso a chegar na Corte no qual o detento tinha alguma relação com Osama Bin Laden: era seu motorista. (ELLIS, 2009, p. 163).

As Comissões Militares foram instituídas por George W. Bush na ordem militar publicada em 13 de novembro de 2001. A criação de Tribunais Militares não é algo novo na história dos EUA[33]. E, no caso particular da Guerra ao Terror, foi considerada inconstitucional (UNITED STATES, 2006b). De acordo com o argumento vencedor, apresentado pelo ministro Stevens, a instauração de tais tribunais requer aprovação do Congresso Nacional. Para o governo, como já visto, o poder presidencial inerente permitia essa autorização. Este argumento não foi endossado pela Corte, que também considerou que as Comissões Militares violavam tanto o UCMJ quanto o Artigo Comum III das Convenções de Genebra. Ademais, a Corte mostrou preocupação com alguns procedimentos aplicados pelo Tribunal, como a exclusão do detento de sua própria audiência e a possibilidade de utilizar testemunho obtido por meios coercitivos contra o mesmo. Tais tribunais não estavam devidamente constituídos, concluiu a Corte.

Diante dessa negativa, a administração Bush reagiu agressivamente, visando compensar os efeitos negativos da decisão. (WHEELER, 2008, p. 127). Duas foram as estratégias do governo: a) através de sucessivas conferências de imprensa, suavizou o caráter desfavorável

[33] Herdados da tradição britânica, foram implementados durante a Guerra de 1812, reapareceram na Guerra entre EUA e México em 1846, e também durante a Guerra Civil, 1861, para julgar os conspiradores do assassinato de Lincoln. Já no século XX, os Tribunais foram instituídos logo após o ataque a Pearl Harbour, em 1941.

da decisão, ressaltando os pontos positivos do governo nas interpretações dos ministros; e b) buscou apoio para seus posicionamentos nas omissões deixadas pela decisão. O que só foi possível, segundo Wheeler (2008, p. 128), porque a Corte falhou no destaque de pontos importantes da questão: 1) Na defesa do Artigo Comum III das Convenções de Genebra, a Corte não deixou claro se tais provisões também se aplicavam aos suspeitos detidos; 2) A Corte não se posicionou quanto à autoridade constitucional inerente do presidente para convocar Tribunais Militares nas situações de ausência de autorização congressional; 3) A Corte não esboçou nada específico acerca dos procedimentos mínimos necessários para garantir aos detentos um nível apropriado de *due process* em uma audiência militar; e, por último, a Corte não determinou por quanto tempo o governo poderia manter presos tais suspeitos de terrorismo sem acusá-los ou processá-los. O silêncio da Corte foi traduzido pela administração como um elogio ao seu posicionamento.

Quatro meses após a decisão, Bush assinou o Ato das Comissões Militares (*Military Comission Act of 2006* – MCA), aprovado pelo Congresso Nacional em 27 de setembro de 2006. O ato legalizava as Comissões Militares, cinco anos após sua criação. Mas não apenas isso. Destacava o poder que as Cortes possuíam de ouvir apelações de combatentes inimigos não cidadãos. Para Ellis (2009, p. 176), embora o ato tenha sido bem sucedido na inserção de direitos como o do réu estar presente durante o julgamento militar, passou a considerar combatente inimigo todos aqueles que tinham propositadamente e materialmente apoiado hostilidades contra os EUA.

5. Caso Boumediene

O último caso julgado pela Suprema Corte foi *Boumediene v. Bush* (UNITED STATES, 2008). Cidadão bósnio nascido argelino, Lackdar Boumediene foi preso na Bósnia juntamente com mais quatro suspeitos, a pedido do governo dos EUA, que alegava participação na explosão

da embaixada americana em Sarajevo[34]. Mas a Suprema Corte bósnia decidiu soltá-los, por insuficiência de provas. Uma vez soltos, as forças militares americanas os capturaram e conduziram para Guantánamo, em janeiro de 2002. Submetido ao CSRT, Boumediene foi considerado combatente inimigo em 21 de setembro de 2004. (ELLIS, 2009, p. 181). Ingressou com pedido de *habeas corpus* na Corte do Distrito de Colúmbia, e teve seu pedido encaminhado à Suprema Corte em dezembro de 2007. A questão endereçada à Corte era se os detidos em Guantánamo, de estatuto estrangeiro, possuíam direito constitucional ao *habeas corpus*. A resposta, proferida em junho de 2008, em um placar apertado (5x4) foi afirmativa. Esta decisão permitiu que os presos de Guantánamo tivessem seus direitos protegidos pela Constituição dos EUA. Boumediene foi solto em 2009 por insuficiência de provas, e atualmente mora no sul da França, com sua família. Os outros quatro detentos tiveram sua liberdade decretada em 20 novembro de 2008, pelo juiz Richard J. Leon, da Corte do Distrito de Colúmbia, que entendeu que o governo federal não possuía provas suficientes para mantê-los presos.

Considerações finais

O 11 de Setembro definiu os contornos da agenda da política externa dos EUA a partir do Executivo federal. Sob a alegação do poder presidencial inerente garantido constitucionalmente, a administração Bush agiu de maneira unilateral na busca por uma resposta rápida ao primeiro grande ataque sofrido em solo americano no século XXI.

A estratégia utilizada teve como ponto de partida a particularidade da Guerra ao Terror, que se tornou um artifício importante para reinterpretar e modificar argumentos antigos já conhecidos das relações entre as instituições americanas ao longo de sua história

[34] O curioso é que os únicos incidentes encontrados envolvem o ataque à embaixada em 2011. A consulta foi feita a documento produzido pelo Departamento de Estado que lista ataques "significativos" à diplomacia americana entre 1998 e 2011. Para maiores detalhes: http://www.state.gov/documents/organization/211361.pdf

no século XX. Apesar de antigos, o termo “combatente inimigo” ou a aplicação da Convenção de Genebra permitiram uma ampliação significativa nas reivindicações de poder por parte do Executivo federal. Tal prática, que resultou na produção de um número significativo de acordos presidenciais unilaterais, impediu que o Senado federal tivesse seu papel no tradicional *checks and balances* americano, além de subverter o esquema constitucional básico estabelecido na Convenção da Filadélfia. A balança definitivamente pendeu para o Executivo nos anos subsequentes aos ataques.

Mas os esforços empreendidos pelo Executivo foram questionados nas Cortes federais. Alguns desses questionamentos chegaram à Suprema Corte. Suas decisões, quando consideradas em seu conjunto, limitaram lenta e gradualmente os poderes autoatribuídos pelo Executivo, forçando a oitiva do Legislativo. Privados de quaisquer direitos enquanto prisioneiros de guerra, os detidos de Guantánamo foram balizados por um avanço legal da Corte americana, ainda que paulatino. A Corte obrigou o Executivo a implementar Tribunais que julgassem os presos devidamente como combatentes inimigos, em 2004. Dois anos depois, reconheceu a violação às Convenções de Genebra. E por último, em 2008, permitiu que os detentos questionassem em juízo sua prisão por tempo indeterminado.

Muito embora tenham sido vitórias importantes do ponto de vista dos direitos dos presos, na medida em que minimizaram as disparidades e reestabeleceram direitos mínimos, no tocante à política externa, conduziram o Executivo a agir de maneira diversa da inicialmente planejada.

A resposta à primeira decisão se deu através da implementação dos Tribunais de Revisão do Estatuto de Combatente (CSRT). Se por um lado seguiu a decisão da Corte, o fez sem qualquer tipo de consulta ao Legislativo. Na prática, o Tribunal funcionou apenas para confirmar se os presos de Guantánamo ainda se enquadravam na categoria de “combatentes inimigos” alguns anos após suas prisões. A reação do

Legislativo apareceu apenas um ano depois, através da elaboração do Ato de Tratamento dos Prisioneiros (DTA), que limitava o acesso dos advogados à Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia.

Em 2006, a Corte não reconheceu os procedimentos aplicados pelas Comissões Militares, por não atenderem à necessidade de consulta ao Legislativo. Também considerou que tais Comissões violavam não apenas a legislação doméstica mas também as Convenções de Genebra. Nesse caso, a reação do Executivo foi ainda mais agressiva que antes: utilizou-se da imprensa para suavizar o caráter desfavorável da decisão e aproveitou-se das brechas deixadas pela decisão proferida pela Corte. O silêncio da Corte nestas questões foi traduzido pela administração como um elogio ao seu posicionamento. Do ponto de vista normativo, o governo, em conjunto com o Legislativo, aprovou a Lei das Comissões Militares (MCA), legalizando seu estabelecimento, cinco anos após sua criação.

O terceiro e último pronunciamento da Corte durante a administração Bush se deu em 2008, através do reconhecimento do direito dos detentos de questionarem em juízo o tempo de sua detenção. Embora esta decisão não tenha produzido uma reação imediata do governo, que ao tempo da decisão já se encontrava praticamente em final de mandato, a posição final da Corte provocou intenso debate acerca do papel de Guantánamo na política externa dos Estados Unidos. A anomalia de Guantánamo tem permitido que os EUA evitem, de maneira efetiva, a proteção a direitos individuais dos presos da Guerra ao Terror. Ao evitar a soberania além-mar, ao mesmo tempo acaba por reservar autoridade para exercer influência significativa no exterior. E a Suprema Corte garantiu, com sua decisão, a continuidade dessa condição.

O fechamento de Guantánamo estava dentre as bandeiras da candidatura de Obama à Presidência da República em 2008. Muito embora tenha sustentado essa proposta quando da sua posse, em janeiro de 2009, até o presente momento a prisão continua funcionando.

Em junho do corrente ano, os EUA trocaram cinco presos do comando do Taliban que se encontravam em Guantánamo pelo sargento Bowe Berghdal, mantido em cativeiro pelo período de cinco anos. Essa medida foi defendida por Obama, mesmo reconhecendo que os presos que voltaram à liberdade podem atacar os EUA num futuro próximo.

Referências bibliográficas

ADLER, David G. (1996). Court, Constitution, and Foreign Affairs. In: ADLER, David G., GEORGE, Larry N. (Eds) *The Constitution and the conduct of American Foreign Policy*. Kansas, University Press of Kansas, p. 19-56.

AMANN, Diane M. Guantanamo. (2004). *Columbia Journal of Transnational Law.* New York, Vol. 42, p. 263-348. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951875>. Acesso em: 15 out. 2008.

BUSH, George W. (2001). *President's Letter to Congress on American Response to Terrorism.* October 9. Disponível em <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/10/20011009-6.html>. Acesso em 14 fev. 2014.

COX, Michael. (2002). American power before and after 11 September: dizzy with success? *International Affairs*. Vol. 78, N. 2, p. 261-276.

DASCHLE, Thomas. (2005). Power We didn't grant. *Washington Post*. Washington, D.C., 23 dez., p. A21.

ELLIS, Richard. (Ed.). (2009). *Judging Executive Power*. Plymouth, UK: Rowman & Littlefield Publishers.

FISHER, Louis. (2013). *Presidential War Power*. Kansas, University of Kansas Press, 3rd Ed, Revised.

FORSYTHE, David P. (2006). United States Policy toward Enemy Combatant in the "War on Terrorism". *Human Rights Quarterly*. Vol. 28, N. 2, p. 465-491.

GREENBERG, Karen J., DRATEL, Joshua, L. (Eds.). (2005). *The Torture Papers*: The Road to Abu Ghraib. Cambridge, Cambridge University Press.

GUZZINI, Stefano. (2002). Foreign Policy without Diplomacy: The Bush Administration at a crossroads. *International Relations*. Vol. 16, N. 2, p. 291-297.

HERNANDEZ-LOPEZ, Ernesto. (2008). Boumediene v. Bush and Guantánamo, Cuba: Does the empire strike back? IN: *Southern Methodist University Law Review.* Legal Studies Research Paper Series. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1224262 Acesso em 25/10/2008.

JERVIS, Robert. (2003). Understanding the Bush Doctrine. *Political Science Quarterly*, New York, Vol. 118, N. 3, p. 365-388.

KEGLEY Jr., Charles W., RAYMOND, A. Gregory. (1992). Must we fear a post-cold war multipolar system? *The Journal of Conflict Resolution*. Vol. 36, N. 3, p. 573-585.

KRAUTHAMMER, Charles. (1990/1991). The Unipolar Moment. *Foreign Affairs*. Vol. 70, N. 1, p. 23-33.

PACHECO, Cristina Carvalho. (2011). Os "Combatentes Inimigos" e o Governo Bush: As relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário entre 2001 e 2008. *Mediações*. Vol. 16, N. 2, p. 72-88.

PFIFFNER, James P. (2008). The Contemporary Presidency: Constraining Executive Power: George W. Bush and Constitution. *Presidential Studies Quarterly*. Vol. 38, N. 1, p. 123-143.

ROTH, Kenneth. (2008). The Law of War in the War on Terror: Washington's abuse of 'enemy combatant'. *Foreign Affairs*. Vol. 83, N. 1, p. 02-07.

RUMSFELD, Donald H. (2001). A New Kind of War. *New York Times*. New York, 27 set. Disponível em <http://www.nytimes.com/2001/09/27/opinion/27RUMS.html>. Acesso em 29 jan. 2014.

SAVAGE, David G. (2004). Executive Decisions: Supreme Court considers Presidential Power's Limits in War on Terrorism. *ABA Journal*. Vol. 90, N. 3, p. 24-26.

SCHLESINGER, James. (1992/1993). Quest for a post-cold war Foreign Policy. *Foreign Affairs*. Vol. 72, N. 1, p. 17-28.

SINGH, Robert. (2006). The Bush Doctrine. In: BUCKLEY, Mary; SINGH, Robert (Ed.). *The Bush doctrine and the war on terrorism:* global responses, global consequences. London: Routledge, p. 12-31.

SMITH, Steve. (2002). The End of the Unipolar Moment? September 11 and the future of world order. *International Relations*, Vol. 16, N. 2, p. 171-183.

SODER, Kirsten. (2009). The Supreme Court, the Bush Administration and Guantanamo Bay. *SIPRI Background Paper*. Solner, Suécia. Disponível em http://books.sipri.org/files/misc/SIPRIBP0901.pdf Acesso em 10 ago 2010.

TUCIDIDES. (1987). *História da Guerra do Peloponeso*. Brasília, Editora da Unb, 2ª ed.

UNITED STATES. (1787). *Constitution*. Washington, D.C. Disponível em <http://loc.gov/law/help/usconlaw/index.php>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (1936) Supreme Court. 299 U.S. 304. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp*. Rapporteur: Minister George Sutherland. Washington, D.C., 21 dec. 1936. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/299/304>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (1937). Supreme Court. 301 U.S. 324. *United States v. Belmont.* Rapporteur: Minister George Sutherland. Washington, D.C., 03 May 1937. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/301/324>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (1941). Supreme Court. 315 U.S. 203. *United States v. Pink*. Rapporteur: Minister William Orville Douglas. Washington, D.C., 02 Feb. 1941. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/203>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (1942). Supreme Court. 317 U.S. 1. *United States v. Cox. (Ex parte Quirin).* Rapporteur: Chief Justice Harlan F. Stone. Washington, D.C., 31 July. Disponível em http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=317&invol=1 Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2001). Congress. *Authorization for Use of Military Force.* Public Law 107-40 [S. J. RES. 23], Washington, D.C. Disponível em http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:H.J.RES.114: Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2002). *National Security Strategy of 2002.* Disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2004a). Supreme Court. 542 U.S. 507. *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.* Washington, D.C.: 28 june 2004. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-6696.ZS.html Acesso em 15 de out. 2008.

_________. (2004b). Supreme Court. 542 U.S. 426. *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.* Washington, D.C.: 28 june 2004. Disponível em http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-1027.ZS.html Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2004c). Supreme Court. 321 F. 3d 1134. *Rasul et al.* ***v.*** *Bush, President of the United States, et al.* Rapporteur: Minister John Paul Stevens, Washington, D.C.: 28 june 2004. Disponível em: < http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/03-334>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2004d). Department of Defense. *Order Stabilishing Combatant Status Review Tribunal*. Washington, D.C. Disponível em: http://www.

defense.gov/news/jul2004/d20040707review.pdf Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2006a). Congress. Public Law 109-366. *Military Commissions Act of 2006*. Washington, D.C., 17 Oct. Disponível em <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c109:15:./temp/~c109JuvRKH::>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2006b). Supreme Court. 548 U.S. 557. *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld.* Rapporteur: Minister John Paul Stevens, Washington, D.C.: 29 june 2006. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZO.html>. Acesso em 15 out. 2008.

_________. (2008). Supreme Court. 553 U.S. 723. *Lakhdar Boumediene et al v. George W. Bush.* Rapporteur: Minister Anthony M. Kennedy, Washington, D.C.: 12 june 2008. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-1195.ZS.html>. Acesso em: 15 out. 2008.

WALT, Stephen M. (2001-2002). Beyond bin Laden: Reshaping U.S. Foreign Policy. *International Security*. Vol. 26, N. 3, p. 56-78.

WHEELER, Darren A. (2008). *Presidential Power in Action:* Implementing Supreme Court Detainees Decisions. New York, Palgrave MacMillan.

YOO, John. (2006). *War by Other Means*. New York, Atlantic Monthly Press.

CAPÍTULO 7

A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA APÓS O 11 DE SETEMBRO[1]

Stephen I. Vladeck

Introdução

De maneira bem simples, o ponto crucial da dissidência enigmática do ministro Robert H. Jackson na infame decisão de *Korematsu*[2] na Suprema Corte dos Estados Unidos foi que as Cortes Federais – e a Suprema Corte em particular – deveriam evitar proferir decisões em casos de guerra que envolvessem o acionamento de reivindicações de exigência[3]. Na visão de Jackson, tais disputas apresentaram ao Judiciário duas alternativas igualmente desagradáveis: defender a conduta do governo e, assim, arriscar as consequências de atribuir uma licença legal para uma reivindicação de necessidade militar em um caso julgado em última instância (o que terminou acontecendo no

[1] Tradução: Anna Beatriz Leite Henriques; Revisão técnica: Cristina Carvalho Pacheco.
Uma revisão editada em inglês desse ensaio foi publicado originalmente, com o título "The Passive-Aggressive Virtues", em *Columbia Law Review*, vol. 111, out, 20, 2011, pp. 122-140". Eugene Rostow chamou isso de "um ensaio fascinante e fantástico no niilismo". Eugene V. Rostow, Os Casos Americanos Japoneses – Um Desastre, 54 Yale L. J. 489, 510 (1945).

[2] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 242–48 (1944) (Jackson, J., dissenting).

[3] Como o ministro Jackson colocou em passagem célebre: "Uma ordem militar, apesar de inconstitucional, não está apta a durar mais do que uma emergência militar... Mas uma vez que uma opinião judicial racionaliza tal ordem para mostrar que ela está em conformidade com a Constituição, ou ainda racionaliza a Constituição para demonstrar que ela sanciona tal ordem, a Corte, por todo o tempo, validou o princípio da discriminação racial em processo criminal e o princípio de transplantar cidadãos americanos. O princípio, então, repousa como uma arma carregada pronta para as mãos de qualquer autoridade que possa apresentar uma alegação plausível para uma questão urgente." Id. at 246.

caso *Korematsu*), ou invalidar o ato contestado, e arriscar ser ignorado pelo Executivo – talvez à custa substancial do poder e da legitimidade da Corte[4]. Dadas as opções, o ministro Jackson concluiu que a única manobra vencedora foi não agir[5].

Esse entendimento pode auxiliar na explicação acerca do histórico da Corte no que se refere à Guerra do Vietnã. Como exaustivamente documentado por outros autores[6], entre 1965 e 1973 a Corte considerou praticamente todas as maneiras concebíveis (e algumas previamente inconcebíveis)[7] para evitar decisões sobre o mérito envolvendo questão fundamental acerca da natureza legal ou do escopo da guerra.

É bem verdade que a Corte ouviu várias disputas *relacionadas* à guerra[8], muitas das quais compõem nos tempos atuais parte do acervo institucional da Justiça, como no caso dos *Pentagon Papers*[9], *Cohen v. California*[10], e *Estados Unidos v. O'Brien*[11]. Mas a cada vez que um

---

[4] Ver, e.g., Dennis J. Hutchinson, "The Achilles Heel" of the Constitution: Justice Jackson and the Japanese Exclusion Cases, 2002 Sup. Ct. Rev. 455, 489-90 (2002) (percebendo o medo de Jackson de que o Executivo poderia recusar-se a agir em conformidade com a ordem judicial concedendo auxílio aos detentos se a ordem militar fosse constitucionalmente imprecisa).

[5] Stephen I. Vladeck, Justice Jackson, the Memory of Internment, and the Rule of Law After the Bush Administration, *in* When Governments Break the Law: The Rule of Law and the Prosecution of the Bush Administration 183, 185 (AUSTIN SARAT & NASSER HUSSAIN eds., 2010).

[6] Ver, e.g., Rodric B. Schoen, *A Strange Silence*: Vietnam and the Supreme Court, 33 Washburn L.J. 275, 278–303 (1994) (cada caso do Vietnã é detalhado de modo a apresentar reivindicações de inconstitucionalidade e a recusa da Suprema Corte em intervir); ver também Sanford V. Levinson, *Fidelity to Law and the Assessment of Political Activity* (Ou, Can a War Criminal Be a Great Man?), 27 Stan. L. Rev. 1185, 1190–91 (1975) (resenha) ("The United States Supreme Court systematically refused to subject any phase of the Vietnam War to legal analysis.").

[7] Ver, e.g., Schlesinger v. Holtzman, 414 U.S. 1321, 1322 (1973) (Marshall, ministro da Corte de Circuito, mantém a ordem de Corte Distrital em resposta à ordem do ministro Douglas, levantando a estadia imposta pela Corte do Segundo Circuito e destacando a concordância telefônica de outros sete ministros).

[8] Apesar da Corte não ter tratado da constitucionalidade do recrutamento, tratou, em uma série de casos resultantes de condenações criminais, de questões de interpretação estatutária com respeito ao *status* de limitador de consciência. E.g., Clay v. United States, 403 U.S. 698, 700, 704 (1971); Gillette v. United States, 401 U.S. 437, 447 (1971); Welsh v. United States, 398 U.S. 333, 343 (1970); United States v. Seeger, 380 U.S. 163, 165–66 (1965).

[9] N.Y. Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971) (*per curiam*).

[10] 403 U.S. 15 (1971).

[11] 391 U.S. 367 (1968).

litigante (incluindo o estado de Massachusetts, que tentou invocar a jurisdição original da Corte em um caso excepcional)[12] procurou contestar a legalidade das atividades americanas no Sudeste da Ásia ou os meios pelos quais os soldados eram recrutados, a Corte se esquivou, recusando-se a revisar decisões de Cortes inferiores (praticamente todas as que concluíram que tais disputas não eram judiciáveis)[13]. E enquanto muitas das decisões da Corte voltadas a não decisão provocaram frequentes divergências agudas[14], tais divergências não tiveram efeito visível na maioria da Corte, que endureceu seu posicionamento contra a intervenção ao mesmo tempo em que a guerra se arrastava[15].

Quaisquer que sejam os méritos da abordagem da Corte para o caso do Vietnã, uma maneira de entendê-la é vê-la como o pleito defendido pelo professor Alex Bickel para contenção judicial na edição de 1961 da *Harvard Law Review Foreword*[16]. Enfatizando a

---

[12] Massachusetts v. Laird, 400 U.S. 886, 886 (1970) (mem.) (nega autorização para arquivar a carta de reclamação original). Nenhum dos outros desafios à guerra foram trazidos tanto (1) por um estado ou (2) diretamente na Suprema Corte.

[13] E.g., Mitchell v. Laird, 488 F.2d 611, 616 (D.C. Cir. 1973); DaCosta v. Laird, 448 F.2d 1368 (2d Cir. 1971), cert. negado, 405 U.S. 979 (1972); Orlando v. Laird, 443 F.2d 1039, 1043–44 (2d Cir.), cert. negado, 404 U.S. 869 (1971); Berk v. Laird, 429 F.2d 302, 305–06 (2d Cir. 1970); Mora v. McNamara, 387 F.2d 862, 862 (D.C. Cir.), cert. negado, 389 U.S. 934 (U.S. 1967); Luftig v. McNamara, 373 F.2d 664, 665–66 (D.C. Cir.), cert. negado, 387 U.S. 945 (1967).

[14] Ver, e.g., Holtzman v. Schlesinger, 414 U.S. 1316, 1320 (1973) (Douglas, ministro da Corte de Circuito) ("Os méritos da presente controvérsia são, portanto, para dizer o mínimo, substanciais, uma vez que a negação do pedido perante mim catapultaria nossos aviadores, assim como os camponeses do Camboja, para a zona de morte".); ver também Sarnoff v. Shultz, 409 U.S. 929, 929–32 (1972) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); *DaCosta*, 405 U.S. at 979–81 (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); Massachusetts v. Laird, 400 U.S. at 886–900 (Douglas, J., discordando da negação de licença para arquivar uma carta de reclamação original); Hart v. United States, 391 U.S. 956, 956–60 (1968) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); Holmes v. United States, 391 U.S. 936, 936–49 (1968) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); Mora v. McNamara, 389 U.S. 934, 935–39 (1967) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*); Mitchell v. United States, 386 U.S. 972, 972–74 (1967) (Douglas, J., discordando da negação de *certiorari*).

[15] Esse período também coincidiu com uma significativa mudança no conjunto de membros da Corte. O ministro chefe Burger substituiu o ministro chefe Warren em 1969; o ministro Blackmun substituiu o ministro Fortas em 1970; Powell substituiu Black em 1972; e o então ministro Rehnquist substituiu Harlan em 1972. Tanto em conjunto quanto individualmente, os novos Ministros não eram mais simpáticos – e, em alguns casos, até mesmo antipáticos – às reivindicações dos pleiteantes nesses casos.

[16] Alexander M. Bickel, The Supreme Court, 1960 Term—Foreword: The Passive Virtues, 75

"ampla área de escolha aberta à Corte em decidir se, quando e como adjudicar"[17], a tese de Bickel em "As Virtudes Passivas" era a de que as Cortes Federais, em geral – e a Suprema Corte, em particular – poderiam se tornar instituições ainda mais poderosas e respeitadas através da confiança em argumentos jurídicos como meio de evitar decisões constitucionais controversas com base no mérito, deixando a resolução de tais disputas para a seara política. Se a jurisprudência da Corte referente ao Vietnã era virtuosa ou não, a conclusão de que ela era passiva é inescapável[18].

Em contraste, narrativas mais recentes sobre o papel das Cortes Federais na Guerra ao Terror realçam seu envolvimento *ativo*, destacado pelo papel da Suprema Corte no caso dos detentos. De fato, alguém pode facilmente identificar pelo menos seis decisões da Suprema Corte em casos diretamente decorrentes das políticas militares de detenção do pós-11 de Setembro[19], e quatro outras que, embora não estreitamente relacionadas, são igualmente relevantes[20]. Desta ma-

---

Harv. L. Rev. 40, 40–79 (1961).

[17] Id. at 79; ver também Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics 111–98 (2d ed. 1986) (no qual expõe a tese das "virtudes passivas").

[18] Ver de forma geral: John Hart Ely, War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and Its Aftermath (1993) (resume questões legais levantadas – e não resolvidas – por conflitos no Sudeste da Ásia).

[19] Kiyemba v. Obama, 130 S. Ct. 1235, 1325 (2010) (*per curiam*) (que trata do reenvio de petições de *habeas corpus* trazidas por detentos de Guantánamo em decorrência de "mudanças nos fatos subjacentes"); Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723, 732–33 (2008) (que manteve os detentos de Guantánamo protegidos pela Cláusula de Suspensão); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006) (que manteve as Comissões Militares reunidas para processar detentos de Guantánamo não poderiam proceder uma vez que a comissão tinha violado o Código Uniforme de Justiça Militar e as Convenções de Genebra); Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 509 (2004) (pluralidade de opinião) (que advogou o direito de "um cidadão mantido nos Estados Unidos como inimigo combatente tenha oportunidade significativa de contestar a base factual para aquela detenção perante um tomador de decisão neutro); Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 478 (2004) (que sustentou que as Cortes Federais têm jurisdição para ouvir os desafios dos detentos de Guantánamo à legalidade da detenção); Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426, 430 (2004) (que negou a rejeição de *habeas corpus* de cidadãos americanos designados como inimigos combatentes em termos procedimentais).

[20] Ver Clapper v. Amnesty Int'l, 133 S. Ct. 1138 (2013) (alegando que os pleiteantes não possuíam posição de desafiar programas de vigilância secreta do governo porque eles não podiam provar que estavam sujeitos a tal vigilância); Ashcroft v. al-Kidd, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011) (sustentando "uma prisão objetivamente sensata e detenção de uma testemunha importante nos

neira, muitos dos que criticam ou elogiam a Corte pelos seus esforços ao longo dos últimos treze anos parecem ter algo em comum: a crença de que, qualquer que seja o mérito, a Corte tem se exposto em um dos debates constitucionais mais críticos de nosso tempo[21].

Neste ensaio ofereço uma visão bem mais cínica da atuação da Corte desde o 11 de Setembro. Embora os ministros tenham agido repetidamente de modo a afirmar e a preservar o papel institucional das Cortes Federais de maneira mais geral, eles se mostraram relutantes em engajar o conteúdo das políticas antiterrorismo, especialmente nos casos em que tais políticas estão relacionadas a supostos casos de abuso de liberdades civis individuais. Muito embora a Corte[22], em quatro decisões diferentes, assegurou que as Cortes Federais desempenhavam um papel central na revisão de detenções de não cidadãos em Guantánamo[23], ela também se recusou a aceitar casos que suscitassem questões de detenção com base no mérito, incluindo o padrão substantivo para detenção[24], o peso evidente sobre o governo[25], a relevância *vel*

termos de um mandado validamente obtido não pode ser desafiado como inconstitucional com base em alegações de que a autoridade que efetuou a prisão tinha uma motivação imprópria"); Holder v. Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. 2705, 2712 (2010) (apoiando, como aplicado aos pleiteantes, constitucionalidade do estatuto federal proibindo provisão de apoio a organizações terroristas estrangeiras); Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 1942–43 (2009) (sustentando que o réu falhou em declarar pedido no qual era privado de direitos constitucionais claramente estabelecidos em custódia federal).

[21] Ver, e.g., Benjamin Wittes, Law and the Long War: The Future of Justice in the Age of Terror 15–16 (2008) ("What the Supreme Court has done is carve itself a seat at the table."); Richard Klingler, The Court, the Culture Wars, and Real Wars, A.B.A. Nat'l Security L. Rep., June 2008, at 1, 4 (argumentando que *Boumediene* poderia ser interpretado como "o abandono da verdadeira separação dos poderes e a tradição da deferência jurídica ao Congresso e ao Executivo em questões diplomáticas e militares).

[22] O enfoque deste capítulo é certamente mais normativo, focado nas decisões produzidas pela Corte nos casos propostos. Vale ressaltar, contudo, a preocupação em perceber a Corte como produtora de efeitos políticos nas suas decisões, e nesse sentido, aproxima-se dos trabalhos institucionalistas elencados no primeiro capítulo.

[23] Ver *Kiyemba*, 130 S. Ct. at 1235 (retendo o caso porém sugerindo habilidade para revisar detenções seguindo procedimentos de cortes inferiores); *Boumediene*, 553 U.S. at 732–33 (revisando detenção em Guantánamo em bases constitucionais); *Hamdan*, 548 U.S. at 567 (revisando detenção à luz do Código Uniforme de Justiça Militar e da Convenção de Genebra); *Rasul*, 542 U.S. at 485 (afirmando a jurisdição da Corte para revisar detenções em Guantánamo).

[24] E.g., Al-Bihani v. Obama, 131 S. Ct. 1814 (2011) (mem.).

[25] E.g., Al Odah v. United States, 131 S. Ct. 1812 (2011) (mem.).

non do direito internacional[26], se os detentos têm direito a aviso-prévio e uma audiência antes de suas transferências para um terceiro país[27], e vários outras questões procedimentais[28]. Além do mais, a Corte se recusou a considerar reivindicações de ex-detentos de Guantánamo de que sofriam maus tratos, deixando intacta uma decisão da Corte do Circuito de D.C. que sustentava que os réus tinham direito a imunidade qualificada e que os requerentes falharam em indicar uma causa viável de ação[29]. Tomadas em conjunto, essas decisões foram interpretadas (inclusive por juízes no Circuito de D.C.[30]) como reflexo da relutância de parte dos juízes em fazer qualquer coisa *vis-à-vis* Guantánamo, exceto afirmar sua jurisdição.

Tal padrão foi bem mais dominante em casos não relacionados a Guantánamo. Neles a Corte se recusou a revisar uma série de decisões de cortes inferiores de que cada uma dependia de diferentes argumentos jurídicos para se esquivar de reivindicações decorrentes da alegada "rendição extraordinária" de não cidadãos do governo americano a países onde foram torturados[31]. Similarmente, a Corte também se recusou a revisar decisões de cortes inferiores que apontavam vários entraves judiciais a desafios ao programa de escutas

---

[26] E.g. *Al-Bihani*, 131 S. Ct. at 1814.

[27] E.g. Khadr v. Obama, 131 S. Ct. 2900 (2011) (mem.); *Kiyemba*, 130 S. Ct. at 1880.

[28] Ver, e.g., Rasul v. Myers, 130 S. Ct. 1013, 1014 (2009) (mem.) (negando revisão de pedidos de danos trazidos por ex-detentos de Guantánamo).

[29] E.g. Rasul v. Myers, 563 F.3d 527, 528, 532 (D.C. Cir. 2009), cert. negado, 130 S. Ct. 1013 (2009). Mas ver também Gul v. Obama, No. 10-5117, 2011 WL 2937166, at *1 (D.C. Cir. July 22, 2011) (sustentando que ex-detentos não poderiam continuar buscando suas petições de *habeas corpus* uma vez libertos de Guantánamo).

[30] Ver, e.g., Hon. A. Raymond Randolph, Remarks at the University of Oklahoma Institute for the American Constitutional Heritage (Mar. 25, 2011), http://fvbps-flash.ou.edu/videoplayer/videoplayer6.html?source=rtmp:/vod/IACH_Symposium/IACH_Sympsoium_Dinner.flv.

[31] Ver, e.g., Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc., 614 F.3d 1070, 1073 (9th Cir. 2010) (*en banc*) (rejeição baseada na doutrina dos segredos de estado), cert. negado, 131 S. Ct. 2442 (2011); Arar v. Ashcroft, 585 F.3d 559, 563 (2d Cir. 2009) (*en banc*) (rejeição pela falha em declarar o pedido de *Bivens*), cert. negado, 130 S. Ct. 3409 (2010); El-Masri v. United States, 479 F.3d 296, 299–300 (4th Cir.) (rejeição baseada na doutrina dos segredos de estado), cert. negado, 552 U.S. 947 (2007).

telefônicas não autorizadas da *NSA*[32]. E a Corte ainda não encontrou uma convicção digna no pós-11 de Setembro; até juízes de instâncias inferiores enfatizaram a importância e a inovação de algumas das questões procedimentais e evidências em relação às quais suas decisões foram confrontadas[33].

Até mesmo nas raras ocasiões em que a Corte concedeu *certiorari* em um caso de terrorismo não relacionado a detenção militar no pós-11 de Setembro, ela o fez apenas para reverter decisões de cortes inferiores que decidiram contra o governo – com cada regulamento da Suprema Corte interrompendo a reivindicação de auxílio do pleiteante[34]. De forma sucinta, desde o 11 de Setembro a Suprema Corte encontrou exatamente *uma* política antiterrorismo aparentemente ilícita; mesmo assim, o defeito era apenas a ausência de autorização do Congresso – e neste caso a votação foi de 5-3[35].

---

[32] Ver Am. Civil Liberties Union v. NSA, 493 F.3d 644, 648 (6th Cir. 2007) (rejeição baseada na falta de sustentação) cert. negado, 552 U.S. 1179 (2008); cf. Am. Civil Liberties Union v. United States, 538 U.S. 920, 920 (2003) (mem.) (negando autorização à ACLU para intervir a fim de entrar com pedido de *certiorari,* desafiando a decisão da Corte de Revisão da Vigilância de Inteligência Estrangeira, que apoiava a constitucionalidade do programa de escutas telefônicas em In re Sealed Case, 310 F.3d 717, 719–20 (FISA Ct. Rev. 2002) (*per curiam*)).

[33] Ver, e.g., In re Terrorist Bombings of U.S. Embassies in E. Afr., 552 F.3d 157, 167 (2d Cir. 2008) (sustentando que, por uma questão de primeira impressão, "o requerimento de garantia da Quarta Emenda não controla buscas conduzidas fora do país") cert. negado, 130 S. Ct. 1050 (2010); United States v. Abu Ali, 528 F.3d 210, 269 (4th Cir. 2008) (reconhecendo a natureza difícil do processo), cert. negado, 129 S. Ct. 1312 (2009); United States v. Afshari, 426 F.3d 1150, 1155 (9th Cir. 2005) (sustentando constitucionalidade de convicção para o fornecimento de apoio material a organizações terroristas designadas, muito embora o réu não pudesse atacar colateralmente a designação da organização em questão), cert. negado, 549 U.S. 1110 (2007); United States v. Moussaoui, 382 F.3d 453, 455 (4th Cir. 2004) (reconhecendo que "questões [relacionadas ao acesso das testemunhas dos inimigos combatentes] não admite respostas fáceis") cert. negado, 544 U.S. 931 (2005); ver também United States v. Afshari, 446 F.3d 915, 915–22 (9th Cir. 2006) (Kozinski, J., contrário à negação de novo interrogatório *en banc*) (argumentando que a Corte não deveria hesitar "em dar uma olhada mais profunda na constitucionalidade de certos procedimentos relacionados à guerra ao terror").

[34] E.g., Clapper v. Amnesty Int'l, 133 S. Ct. 1138 (2013); Ashcroft v. al-Kidd, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011); Holder v. Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. 2705, 2731 (2010); Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 1954 (2009).

[35] Ver Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 593–94, 635 (2006) (invalidando Comissões Militares estabelecidas pelo presidente Bush com base em sua inconsistência com a autoridade que o Congresso forneceu).

Diante da experiência com o Vietnã, a primeira reação é considerá-la apenas a história se repetindo – que, pelas mesmas razões que dirigiram o comportamento da Corte durante a Guerra do Vietnã, é melhor para a Suprema Corte, enquanto instituição, evitar casos dessa natureza, e, para as Cortes Federais em geral, evitar decidir tais processos com base no mérito. Nessa visão, independente de uma abordagem jurisprudencial ser normativamente defensível como matéria tratada em primeira instância, ela não é original, isso pra dizer o mínimo. Nas próximas seções, busco demonstrar que essa visão é incorreta – que a abordagem da Suprema Corte para a Guerra ao Terror tem sido original e que parece refletir aquiescência substantiva na maioria das políticas governamentais antiterrorismo, independentemente da intenção dos ministros. De fato, ao afirmar repetidamente sua autoridade apenas para contornar os méritos, a Corte não tem sido nem ativa nem passiva, mas passivo-agressiva. Certamente, outros autores documentaram esse padrão bifurcado no trabalho da Corte desde o 11 de Setembro. Mas esse ensaio dá um passo crítico além, ao sugerir que, quaisquer que sejam os méritos da tese de Bickel, há um perigo fundamental às virtudes passivo-agressivas na tomada de decisão judicial, especialmente em tempos de guerra: quanto mais tênues forem as linhas entre guerra e paz – e, no presente contexto, entre guerra e crime – mais as Cortes estarão agindo até mesmo quando se recusarem a fazê-lo.

O trabalho da Suprema Corte do pós-11 de Setembro

Por uma questão de brevidade, e porque há outros resumos melhores disponíveis, não fornecerei aqui uma visão abrangente da jurisprudência sobre o terrorismo da Suprema Corte no pós-11 de setembro. Se alguém contar (como eu o faço) ambas as curtas opiniões *per curiam* no caso *Kiyemba v. Obama36* e a decisão em *Holder v. Humanitariam Law Project37*, a Corte proferiu dez decisões "de

[36] 130 S. Ct. 1235 (2010) (*per curiam*).

[37] 130 S. Ct. 2705 (2010).

mérito" nesse campo: essas duas, juntamente com *Padilla I38, Rasul39, Hamdi40, Hamdan41, Boumediene42, Iqbal43, al-Kidd44,* e *Clapper45*. Em vez de analisar essas decisões (e outras) em *seriatim*, a primeira parte deste capítulo oferece um esboço do trabalho da Corte na área.

A. Jurisdição e Autopreservação Institucional

Virtualmente, todo o trabalho da Corte nos casos de detentos pode ser imprecisamente caracterizado como tendendo à jurisdição e/ou à preservação do papel das Cortes Federais[46]. Obviamente, *Boumediene* é a mais famosa manifestação desse tema, uma vez que a Corte sustentou, no caso, que os detentos de Guantánamo eram protegidos pela Cláusula de Suspensão e que o Congresso havia violado essa provisão ao retirar a jurisdição de *habeas corpus* sem fornecer uma alternativa adequada[47]. É preciso analisar de maneira minuciosa a opinião do ministro Kennedy para enxergar a importância que a preservação de um papel judicial significativo teria na decisão[48], ou a

[38] Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004).

[39] Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).

[40] Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004) (pluralidade de opiniões).

[41] Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).

[42] Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008).

[43] Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937 (2009).

[44] Ashcroft v. al-Kidd, 131 S. Ct. 2074 (2011).

[45] Clapper v. Amnesty Int'l, 133 S. Ct. 1138 (2013).

[46] Por não se referir diretamente à Guerra ao Terror, o caso *Munaf v. Geren,* 553 U.S. 674 (2008) não foi incluído, apesar de ter sido uma decisão "de tempos de guerra" dada que ele surgiu da detenção militar de dois cidadãos norte-americanos durante as hostilidades em curso no Iraque. Mas mesmo se o caso *Munaf* estivesse incluído, não há dúvidas que se enquadra nos seguintes pontos: A Corte sustentou, unanimemente, a jurisdição das Cortes Federais sobre tais reivindicações (apesar de uma divisão de autoridade na Corte do Circuito de D.C.) e rejeitou algumas das reivindicações substantivas do requerentes, enquanto deixou as questões mais importantes para custódia. Id. at 685–88, 703 & n.6. Mas ver também Omar v. McHugh, 646 F.3d 13, 15 (D.C. Cir. 2011) (sustentando que o REAL ID Act de 2005 remove validamente a jurisdição federal sobre tais reivindicações).

[47] *Boumediene*, 553 U.S. at 798.

[48] Ver, e.g., Stephen I. Vladeck, *Boumediene*'s Quiet Theory: Access to Courts and the Separation of Powers, 84 Notre Dame L. Rev. 2107, 2111 (2009) (argumentando que "o dano que o estatuto [em discussão no caso *Boumediene*] causou ao papel das cortes foi, no mínimo, relevante, se não

concomitante hesitação da Corte em oferecer qualquer parâmetro para tribunais de instância inferior sobre como proceder sob custódia[49]. Assim, não é surpresa que os ministros tenham se negado a interceder em todos os casos após o *Boumediene* externos à Corte do Circuito de D.C., mesmo com advogados e páginas editoriais acusando as Cortes de Apelação de minar a decisão de 2008 da Corte[50].

Apesar da pouca atenção dada aos demais casos, isso se encaixa no panorama em questão. Assim, a trilogia dos casos *Padilla I, Hamdi* e *Rasul*, de 2004, configurou uma situação na qual o detento foi processado na Corte errada, mas ficou livre para ser questionado no fórum adequado[51]; sustentou também que, pelo estatuto, as Cortes Federais *poderiam* receber petições de *habeas corpus* trazidas por detentos de Guantánamo (sem opinião expressa sobre os méritos de tais reivindicações)[52]; e, por fim, sustentou que as Cortes Federais tinham um papel significativo a desempenhar na revisão da detenção de "inimigos combatentes" dos cidadãos americanos, mesmo se tais detenções tivessem sido autorizadas pelo Congresso (e mesmo se os ministros se recusassem a explicar que papel seria esse)[53]. Há muito mais a ser dito (e o foi) sobre essas três decisões, mas o tema comum parece ser a afirmação simultânea do poder judicial da Corte e a relutância em decidir os casos à sua frente com base em critérios mais limitados – mesmo enquanto vários ministros deram indícios sobre suas visões quanto ao mérito[54]. Deste modo, quando o governo

---

central, para a análise constitucional").

[49] Ver *Boumediene*, 553 U.S. at 796 ("Essas e outras questões remanescentes estão dentro da competência e da *expertise* da Corte do Distrito para tratá-las em primeira instância").

[50] Ver, e.g., Editorial, A Right Without a Remedy, N.Y. Times, Mar. 1, 2011, at A26 ("A Corte de Apelações de D.C. restringiu dramaticamente a sustentação de Boumediene"). Ver Stephen I. Vladeck, The D.C. Circuit After *Boumediene*, 41 Seton Hall L. Rev. 1451 (2011) [hereinafter Vladeck, D.C. Circuit] (documentando e analisando as críticas à jurisprudência do Circuito de D.C.).

[51] Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426, 430 (2004).

[52] Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 485 (2004).

[53] Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 509 (2004) (pluralidade de opiniões). Embora o governo fosse abandonar esse argumento, sua alegação inicial no caso *Hamdi* foi que a detenção dele era categoricamente não revisável. Hamdi v. Rumsfeld, 296 F.3d 278, 283 (4th Cir. 2002).

[54] Ver, e.g., *Rasul*, 542 U.S. at 483 n.15 ("As alegações dos requerentes...descrevem

transferiu Padilla para uma detenção criminal pouco antes do retorno do seu caso à Corte em 2006, os ministros negaram *certiorari* por uma votação de 6-3. Apesar da negação, o ministro Kennedy enfatizou, para o trio sem precedentes que incluía ele próprio, o ministro Roberts e o ministro Stevens[55], que Padilla estaria autorizado a solicitar recurso judicial caso o governo tentasse retorná-lo à detenção militar, e que a Suprema Corte continuaria disponível para remediar quaisquer danos, mas não se pronunciaria sobre os méritos da (agora finda) detenção militar de Padilla[56].

Hamdan também pode ser visto como, pelo menos, parcialmente pertinente a esse tema, uma vez que, no caso, a maioria rejeitou o argumento do governo de que o Congresso, no Ato de Tratamento do Detento (ATD)[57], de 2005, despojou a Suprema Corte de jurisdição sobre a apelação de Hamdan[58]. Obviamente, o ATD foi promulgado depois que a Corte concedeu o *certiorari*[242] e, como exposto a seguir, *Hamdan* foi impelido por – e finalmente ligado a – diferentes questões. Entretanto, tanto na trilogia de 2004 quanto no caso *Boumediene*, a Corte preservou sua habilidade de alcançar o mérito, quer no mesmo caso ou em questões futuras.

inquestionavelmente 'custódia em violação à Constituição ou às leis ou tratados dos Estados Unidos". (citando 28 U.S.C. § 2241(c)(3) (2000))); *Padilla*, 542 U.S. at 464 n.8 (Stevens, J., divergindo) ("Eu acredito que o Ato de Não Detenção proíbe – e a Resolução Conjunta para Autorização do Uso da Força Militar não autoriza – a prolongada e incomunicável detenção de cidadãos americanos presos nos Estados Unidos". (citações omitidas)).

[55] Nenhuma outra opinião durante os cinco termos que os ministros Roberts e Stevens foi assinada somente pelos dois e pelo ministro Kennedy. De fato, apenas uma opinião não majoritária parece ter sido assinada pelos três – a discordância do ministro Roberts no caso Dolan v. United States, 130 S. Ct. 2533, 2544 (2010), que também foi acompanhada pelo ministro Scalia.

[56] Padilla v. Hanft, 547 U.S. 1062, 1063–64 (2006) (Kennedy, J., concordando com a negação de *certiorari*); ver também al-Marri v. Spagone, 129 S. Ct. 1545, 1545 (2009) (mem.) (abandonando a decisão *en banc* da Corte do Quarto Circuito, que sustentava a detenção militar de não cidadãos presos dentro do território dos Estados Unidos à luz de sua acusação criminal e a transferência para custódia civil).

[57] Pub. L. No. 109-148, 119 Stat. 2680 (codificado como emendado nas seções 10, 28, e 42 U.S.C. (2006)).

[58] Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 572–84 (2006).

Talvez a melhor evidência para o tema da autopreservação da Corte na jurisprudência do pós-11 de Setembro seja sua manobra em relação aos uigures, grupo de mulçumanos turco-chineses detidos em Guantánamo. Pouco após *Boumediene*, a Corte do Circuito de D.C. considerou que eles não poderiam mais continuar detidos como inimigos combatentes[59]. Mas um júri separado considerou, subsequentemente, que eles não tinham direito de serem liberados para os Estados Unidos, apesar da reivindicação de que muitos deles não poderiam ser reassentados em outros lugares[60]. Assim, a Corte concedeu *certiorari* para decidir "se a corte federal, exercendo jurisdição de *habeas corpus*, tem poder para ordenar a liberação de prisioneiros mantidos na Baía de Guantánamo, onde a detenção Executiva é indefinida e sem autorização na lei, e a liberação aos Estados Unidos é o único recurso efetivo possível"[61].

Em decorrência do fato de que cada detento recebia ofertas de reassentamento em outro país, os ministros enviaram o caso de volta à Corte do Circuito de D.C. para reconsideração[62]. Depois que a Corte de Apelações aderiu à sua análise original[63], a Suprema Corte negou o *certiorari*, com o ministro Breyer explicando, em voto seguido também pelos ministros Kennedy, Ginsburg e Sotomayor, que:

> [E]ssas ofertas, a falta de qualquer desafio significativo quanto às suas adequações e o comprometimento incontestável do governo de continuar a trabalhar para reassentar os requerentes transformam as reivindicações dos requerentes. Sob as atuais circunstâncias, não vejo obstáculo imposto pelo governo para a liberação oportuna dos requerentes e seu apropriado reassentamento… Entretanto, caso as circunstâncias mudem,

[59] Parhat v. Gates, 532 F.3d 834, 836 (D.C. Cir. 2008).

[60] Kiyemba v. Obama, 555 F.3d 1022, 1028–29 (D.C. Cir. 2009).

[61] Kiyemba v. Obama, 130 S. Ct. 1235, 1235 (2010) (*per curiam*) (citação omitida).

[62] Id.

[63] Ver Kiyemba v. Obama, 605 F.3d at 1047–48 ("[C]omo nossa opinião original indicou, mesmo se os requerentes tivessem uma boa razão para rejeitar as ofertas, eles não teriam direito algum de ser liberados dentro dos Estados Unidos").

> os requerentes podem, obviamente, levar novamente suas questões originais (ou questões correlatas) tanto para cortes de instância superior quanto para esta Corte[64].

Em outras palavras, uma vez que a Corte não foi mais confrontada com a ameaça de poder judicial levantada pelo espectro de indivíduos que não podiam ser nem detidos nem soltos, a revisão não mais se configurava como garantia. As manobras em *Kiyemba*, em conjunto com os casos *Hamdi, Padilla* e *Boumediene*, forneceram mais evidências circunstanciais da aparente abordagem da Corte: enquanto o poder das Cortes Federais para agir nas reivindicações dos detentos não estava ameaçado, o mérito não exigia a atenção dos ministros, e não poderia ser deixado para o ramo político – ou, em caso de falha destes, para as cortes inferiores.

B. Derrotas Governamentais nas Cortes de Apelação

Em contraste ao tema da autopreservação judicial subjacente aos casos discutidos acima, a única maneira de compreender as outras quatro decisões de terrorismo mais importantes da Corte desde o 11 de Setembro vem da sua postura procedimental: como o subtítulo sugere, nos casos *Ashcroft v. Iqbal, Holder v. Humanitariam Law Project, Ashcroft v. al-Kidd* e *Clapper v. Amnesty Internacional*, a Corte de Apelações decidiu contra o governo e, ou invalidou ou parecia destinada a invalidar, alguns aspectos da política antiterrorista pós-11 de Setembro.

No caso *Iqbal*, por exemplo, a Corte do Segundo Circuito rejeitou amplamente as reivindicações de imunidade qualificada de uma série de oficiais-seniores decorrentes dos alegados maus tratos (e da discriminação contra) um detento, subsequentes à sua prisão, como parte da investigação sobre os ataques de 11 de setembro[65]. A

[64] Kiyemba v. Obama, 131 S. Ct. 1631, 1631–32 (2011) (Breyer, J., respeitando a negação de *certiorari*).

[65] Iqbal v. Hasty, 490 F.3d 143, 178 (2d Cir. 2007).

Suprema Corte concedeu *certiorari* e reverteu, alegando que Iqbal falhou em pleitear fatos suficientes que apoiassem todas as suas reivindicações[66]. Além disso, em um aspecto bem menos noticiado da opinião do ministro Kennedy, a Corte também aparentou rejeitar categoricamente a disponibilidade de supervisão nas ações de *Bivens*, mesmo se elas não estivessem relacionadas aos potenciais méritos das reivindicações de Iqbal[67].

Em *Humanitariam Law Project v. Mukasey*, a Corte do Nono Circuito sustentou que várias provisões do estatuto federal de "apoio material", que criminaliza o fornecimento de apoio material a organizações terroristas estrangeiras[68], eram inconstitucionais[69]. Em particular, a Corte de Apelações derrubou a proibição do estatuto sobre a prestação de "treinamento", "serviço" e "outros conhecimentos especializados", mesmo se isso defendesse outras provisões previamente emendadas pelo Congresso em resposta a decisões anteriores do mesmo caso[70]. A Suprema Corte reverteu de maneira unânime e concluiu que as provisões desafiadas não eram imprecisas, pelo menos quando aplicadas aos pleiteantes[71], mesmo com o voto dividido de 6-3 sobre se o estatuto violou a Primeira Emenda.

---

[66] Ashcroft v. Iqbal, 129 S. Ct. 1937, 1952 (2009).

[67] Ver id. at 1948–49 ("Em uma…ação de *Bivens* – onde mestres não respondem pelos atos ilícitos dos seus serviços – o termo "responsabilidade supervisora" é um termo errôneo. Na ausência de responsabilidade vicária, cada oficial do Governo… é apenas responsável por sua própria má conduta"); ver também id. págs. 1957–58 (Souter, J., divergência) (descrevendo e criticando a discussão da responsabilidade supervisora).

[68] Ver 18 U.S.C. § 2339B (2006).

[69] Ver Humanitarian Law Project v. Mukasey, 552 F.3d 916, 929–30 (9th Cir. 2009) (sustentando que os termos "treinamento", "serviço" e "pessoal" são "inadmissivelmente vagos").

[70] Assim como o Nono Circuito explicou em 2009, o *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004 (IRTPA), Pub. L. No. 108-458, § 6603, 118 Stat. 3638, 3762–64, emendou o § 2339B, pelo menos em parte, para responder à decisão anterior da Corte de Apelação no caso Humanitarian Law Project v. United States Department of Justice, 352 F.3d 382 (9th Cir. 2003). Ver *Humanitarian Law Project v. Mukasey*, 552 F.3d at 923–24 (detalhando as mudanças feitas pelo IRTPA).

[71] Ver Holder v. Humanitarian Law Project, 130 S. Ct. 2705, 2720 (2010) ("O escopo do estatuto de apoio material pode não ser claro em todos os pedidos. Mas o ponto aqui é que os termos estatutários são claros em sua aplicação à conduta proposta dos requerentes, o que significa que o desafio impreciso deles deve falhar").

Em *a-Kidd v. Ashcroft*, a Corte do Nono Circuito seguiu a rejeição da Corte Distrital de uma moção para descartar um processo de dano, alegando que o então procurador-geral Ashcroft utilizou o estatuto de testemunha fundamental[72] como pretexto para deter suspeitos de terrorismo contra os quais havia provas insuficientes que apoiassem as acusações criminais[73]. Especificamente, a Corte de Apelações sustentou que a Quarta Emenda proíbe prisão preventiva na ausência de causa plausível, e que o procurador-geral não tinha direito a imunidade absoluta ou qualificada[74]. A Suprema Corte mais uma vez revogou a decisão, unanimemente concluindo que Ashcroft tinha direito sim à imunidade qualificada independente de sua conduta ser, de fato, ilegal ou não[75]. Além disso, uma maioria de 5-3 sustentou que, com base no mérito, a alegada conduta de Ashcroft não poderia ter violado a Quarta Emenda, porque a intenção subjetiva fundamental é validamente obtida[76].

Al-Kidd é, talvez, o caso mais revelador, porque a maioria tentou conscientemente resolver a desnecessária questão da Quarta Emenda, uma vez que a sustentação da imunidade qualificada forneceu o mérito além do ponto. Como o ministro Scalia explicou, "embora não seja necessário reverter um julgamento errôneo, o ato de fazê-lo garante que as cortes não isolem decisões constitucionais nas fronteiras da lei da nossa revisão ou que inadvertidamente solape os valores que a imunidade qualificada procura promover[77]". Assim, *al-Kidd* aparentava ser a rara exceção – o caso em que a Corte fugiu à sua maneira de

[72] Ver 18 U.S.C. § 3144 (2006). A Suprema Corte já havia negado *certiorari* para revisar em apelação direta um dos mais abrangentes endossos do uso da condição de testemunha fundamental por parte do governo no pós-11 de setembro. Ver United States v. Awadallah, 349 F.3d 42, 49–51 (2d Cir. 2003) (sustentando que o estatuto federal de vítima material permite prisão e detenção de testemunha de júri), *cert*. negado, 543 U.S. 1056 (2005).

[73] Ver al-Kidd v. Ashcroft, 580 F.3d 949, 958, 973 (9th Cir. 2009) (sustentando que o procurador geral Ashcroft não tinha direito à imunidade absoluta ou qualificada).

[74] Id.

[75] Ashcroft v. al-Kidd, 131 S. Ct. 2074, 2085 (2011).

[76] Id. at 2080–83.

[77] Id. at 2080.

responder a questão com base no mérito, mesmo que isso não fosse estritamente necessário para a decisão[78].

Finalmente, no caso *Clapper v. Amnesty International*, uma votação de 5-4 da Corte reverteu decisão proferida pela Corte do Segundo Circuito de que uma série de grupos de liberdades civis, jornalistas e outras partes interessadas se levantou para desafiar a constitucionalidade da provisão central do FISA Amendments Act de 2008 – que os pleiteantes alegaram interceptação autorizada de suas conversas sem a garantia da violação da Quarta Emenda[79]. Em opinião do ministro Alito, a Corte sustentou que os pleiteantes não conseguiram mostrar nenhum dano concreto que sustentasse a situação, a menos que eles pudessem mostrar que a interceptação de suas conversas foi "certamente iminente[80]". Ironicamente, há apenas três meses, o ex-contratado da *NSA,* Edward Snowden, revelou que o governo *estava*, de fato, usando as autoridades desafiadas no caso *Clapper* para coletar conversas dos americanos[81].

Há pouco em comum entre esses quatro casos, além dos seus resultados. Entretanto, como as descrições supracitadas indicam, as decisões de *Iqbal, Humanitariam Law Project, al-Kidd* ou *Clapper* podem ser vistas como obviamente ativas ou obviamente passivas. Claramente, a Corte sentiu-se compelida a agir em cada caso diante do pedido de revisão do governo. E *Iqbal, al-Kidd* e *Clapper* tornaram-se princípios com significados que vão muito além dos fatos. Ainda assim, nem *Iqbal, al-Kidd* ou *Clapper* passaram de maneira definitiva

[78] Como os ministros Kennedy, Ginsburg e Sotomayor assinalaram em diferentes opiniões, as suposições factuais contestáveis da Corte tinham o efeito de deixar as questões reais do caso para outro dia. Ver id. at 2085 (Kennedy, J., discordando) ("A sustentação da Corte… deixa sem solução se o uso governamental do Material Witness Statute, nesse caso, foi lícito"); id. at 2087–88 & n.3 (Ginsburg, J., discordando no julgamento); id. pág. 2090 (Sotomayor, J., coincidindo com o julgamento). Assim, mesmo enquanto pretende decidir com base nos méritos, a Corte não resolveu, de fato, a questão legal no centro do caso *al-Kidd*.

[79] 133 S. Ct. 1138 (2013).

[80] *Id*. at 1143.

[81] Ver, e.g., Stephen I. Vladeck, Big Data Before and After Snowden, 7 J. Nat'l Sec. L. & Pol'y 333 (2014).

na *validade* da conduta do governo *vis-à-vis* os pleiteantes; e o caso *Humanitariam Law Project* insinuou que as provisões questionadas podem muito bem incorrer em problemas da Primeira Emenda. Assim, a Corte se autoafirmou novamente, embora para fazer pouco mais do que endossar a posição do governo, negar ajuda e retroceder.

C. Casos "de mérito", concedidos e negados

Como sugerido pelo caso *al-Kidd*, mesmo quando a Corte analisou o direito substantivo em questão nos casos de terrorismo no pós-11 de setembro, ela o fez de maneira superficial. Em *Hamdi*, por exemplo, ambas as sustentações da Corte foram extremamente limitadas, com a pluralidade cuidadosamente circunscrevendo sua sustentação de que a Autorização para Uso da Força Militar (AUFM)[82] permitiu a detenção de Hamdi[83], e destacando que, embora "alguma evidência" fosse insuficiente, os mecanismos reais para resolver as reivindicações de Hamdi poderiam – e deveriam – ser decididos por cortes inferiores[84].

E em *Hamdan*, o único caso em que a Corte categoricamente invalidou uma política antiterrorismo pós-11 de setembro, os ministros se esforçaram para enfatizar a natureza limitada da sua conclusão – transformando-se na ausência de autorização estatutária para comissões militares[85]. Como colocado pelo Juíz Breyer, "nada impede que o presidente volte ao Congresso para procurar a autoridade que ele acredita ser necessária[86]", o que foi exatamente o que aconteceu em seguida[87].

---

[82] Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001) (codificado em 50 U.S.C. § 1541 (2006)).

[83] Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 517 (2004) (pluralidade de opiniões).

[84] Id. at 537–39.

[85] Ver Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 593 & n.23 (2006) (observando que a sustentação centrou-se na ausência de autorização estatutária).

[86] Id. em 636 (Breyer, J., concordando); ver também id. at 637 (Kennedy, J., concordando em parte) ("Se o Congresso, após as considerações devidas, considera apropriado mudar os estatutos de controle, em conformidade com a Constituição e outras leis, ele tem o poder e a prerrogativa para fazê-lo").

[87] Ver Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (codificado como emendado nas seções dispersas de 10, 18 ou 28 U.S.C.) (autorizando o uso das comissões militares).

O exposto não pretende sugerir que nenhum direito substantivo emergiu dessas decisões. Pelo contrário, a análise do caso *Hamdi* sobre o relacionamento entre a *AUFM* e as leis de guerra tem sido uma questão crítica na litigância em curso na Corte do Circuito D.C. decorrente de Guantánamo[88], e sua indiscutível rejeição do padrão de "alguma evidência" é também o provável culpado pela adoção relutante das Cortes de Apelação de um padrão preponderante nesses casos[89]. Similarmente, a conclusão de *Hamdan* de que a Guerra ao Terror não é um conflito armado internacional que fere o Artigo 3 da Convenção de Genebra foi importante[90], assim como o repúdio mais sutil da Corte para as alegações vindas do Executivo acerca do poder presidencial irrevogável[91]. Mesmo com os passos cuidadosos tomados pela Corte, ela enviou mensagens indiretas e veladas ao Poder Executivo que, sem dúvida, tiveram impacto salutar nos parâmetros da política antiterrorismo subsequente.[92] Talvez nunca saibamos o papel exercido pelas declarações da autoridade judicial no remodelamento da conduta governamental após o 11 de Setembro, mas não é preciso esforço nenhum para perceber a maneira como a abordagem governamental mudou após cada uma dessas decisões – inclusive em questões sobre as quais a Suprema Corte não havia fornecido nenhum tipo de

---

[88] Ver, e.g., Al-Bihani v. Obama, 619 F.3d 1, 1 (D.C. Cir. 2010) (Sentelle, C.J., e Ginsburg, Henderson, Rogers, Tatel, Garland, & Griffith, JJ., concordando na negação de audiência *en banc)* (sugerindo que a discussão da relevância do direito internacional era *dicta* e, portanto, negava-se a reconsiderá-la), *cert*. negado, 131 S. Ct. 1814 (2011).

[89] Ver, e.g., Al-Adahi v. Obama, 613 F.3d 1102, 1104–05 & n.2 (D.C. Cir. 2010) (adotando o padrão de preponderância para o caso mas negar-se a manter esse padrão é legalmente necessário), cert. negado, 131 S. Ct. 1001 (2011). Ver, de forma geral, Vladeck, D.C. Circuit, nota de rodapé 49 (documentando o criticismo da Corte de Apelação em relação ao governo por não defender o padrão de "alguma evidência").

[90] Ver *Hamdan*, 548 U.S. págs. 629–31.

[91] Ver id. at 593 & n.23; ver também Stephen I. Vladeck, Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After *Hamdan*, 16 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 933, 958–61 (2007) (discutindo maiores implicações da nota de rodapé 23 na decisão do caso *Hamdan*).

[92] Em um artigo anterior, eu me referi à abordagem da Corte em relação à detenção como reflexo da forma de "incrementalismo adulador", com a Corte enviando mensagens mais fortes à medida do tempo – e visto que as mensagens antigas pareciam ter sido desconsideradas. Ver Stephen I. Vladeck, The Long War, the Federal Courts, and the Necessity/Legality Paradox, 43 U. Rich. L. Rev. 893, 909 (2009) (revisão de livro).

orientação. Assim, não é possível argumentar – e eu não sugiro – que as sustentações da Corte nesses casos não tenham dramaticamente moldado pelo menos *alguns* aspectos da política antiterrorista nos últimos treze anos, especialmente no que se refere a detenção, tratamento e julgamento de inimigos combatentes.

Por mais importantes que essas decisões tenham sido, elas são as exceções que provam a regra, já que a Corte recusou-se a passar por cima da validade de quaisquer outra iniciativa antiterrorismo anterior. Como apontado acima[93], as negações envolvem casos que emergem de rendição extraordinária, escutas telefônicas ilegais e uma série de outras práticas e políticas controversas do pós-11 de setembro. E, pelo menos em processos civis, as decisões de cortes inferiores que os ministros se recusaram a interferir repousavam em vários princípios jurídicos conhecidos– incluindo posicionamento, irrelevância, a doutrina da questão política e a iteração de "restrição ao litígio" dos privilégios de segredo de Estado – para executar auxílio sem passar por cima da legalidade da conduta governamental desafiada[94].

Assim, exceto em casos que implicam o poder das Cortes Federais, ou aqueles em que o governo perdeu nas Cortes de Apelação, a Suprema Corte tem tido pouco a dizer sobre a legalidade oculta de praticamente todas as iniciativas antiterroristas do governo no pós-11 de setembro.

As virtudes da passividade judicial na Guerra ao Terrorismo

De maneira alguma sou o primeiro a identificar esse padrão de tomada de decisão da Suprema Corte do pós-11 de setembro. Em 2008, por exemplo, o professor Jenny Martinez atribuiu essa bifurcação à secular distinção entre processo e substância, sugerindo que uma série de fatores contribuíram para o foco da Suprema Corte no

[93] Ver notas 30-32.

[94] Ver Stephen I. Vladeck, The New National Security Canon, 61 Am. U. L. Rev. 1295 (2012).

processo, em detrimento da substância[95]. E ano passado, Richard Fallon descreveu a "disparidade digna de nota" surgindo da "justaposição da assertividade da Corte em sustentar jurisdição judicial com seus direitos substantivos reticentes[96]". Dada a quantidade de acadêmicos que chegaram à mesma conclusão[97], o padrão descritivo aparenta ser objetivamente inatacável.

Reveladoramente, entretanto, descrever o padrão não significa, necessariamente, criticá-lo. O professor Fallon, por exemplo, fez tudo, menos elogiar a discrição da Corte, sugerindo que ela ampliou de maneira cautelosa as margens pelas quais o poder judicial pode operar. Em parte, e como resultado, mais decisões substantivas e possivelmente mais reconhecimento de direitos substantivos podem agora estar em perspectiva[98]. Para efeito semelhante, outros sugeriram que a abordagem relativamente passiva da Corte para as questões antiterrorismo pós-11 de setembro possa ter tido um impacto benéfico nos bastidores, moldando a política governamental mesmo sem fornecer regulamentos legais claros[99].

Mas há razões para discutir sobre esse louvor à restrição da Corte desde o 11 de Setembro. Para começar, a passividade do presente difere substancialmente da passividade que marcou a Corte na Era Vietnã. E em qualquer caso, há uma diferença crítica entre passividade na

---

[95] Jenny S. Martinez, Process and Substance in the "War on Terror," 108 Colum. L. Rev. 1013 (2008).

[96] Richard H. Fallon, Jr., The Supreme Court, Habeas Corpus, and the War on Terror: An Essay on Law and Political Science, 110 Colum. L. Rev. 352, 391 (2010).

[97] E.g., Neal Devins, Talk Loudly and Carry a Small Stick: The Supreme Court and Enemy Combatants, 12 U. Pa. J. Const. L. 491 (2010); John Ip, The Supreme Court and House of Lords in the War on Terror: Inter Arma Silent Leges?, 19 Mich. St. J. Int'l L. 1 (2010); Mark S. Kende, The U.S. Supreme Court, the War on Terror, and the Need for Thick Constitutional Review, 80 Miss. L.J. 1539 (2011); Joseph Landau, Muscular Procedure: Conditional Deference in the Executive Detention Cases, 84 Wash. L. Rev. 661 (2009).

[98] Fallon, nota de rodapé 95, págs. 396–97.

[99] Ver, e.g., Trevor W. Morrison, The Middle Ground in Judicial Review of Enemy Combatant Detentions, 45 Willamette L. Rev. 453, 471 (2009) ("A Corte possui uma variedade de ferramentas interpretativas que a capacitam a combinar deferência substancial aos setores políticos com, pelo menos, alguns limites modestos e provisionais sobre o Poder Executivo… E na medida em que duvidamos da habilidade da Corte de fixar os limites externos da guerra e poderes relacionados de qualquer maneira satisfatoriamente durável, que é o caminho que não deveríamos seguir").

forma de abandono do campo, e passividade mesmo após reafirmações contínuas de um papel judicial forte. Essa abordagem pode muito bem refletir uma conclusão bastante desconcertante sobre o propósito da revisão judicial em tempos de guerra – como se sua existência se justificasse para, principalmente, se não exclusivamente, se perpetuar.

A. Passividade em tempos de guerra: o Vietnã e o 11 de setembro

A passividade bem documentada da Corte durante o conflito no Vietnã centrou-se quase que inteiramente em duas distintas – mas relacionadas – questões legais: a legalidade subjacente da guerra (e de aspectos particulares disso) e a constitucionalidade do recrutamento[100]. Embora houvesse inúmeras possibilidades do conflito se ramificar para a linha de frente, as questões legais que a Corte evitou foram questões de guerra por excelência, governando o recrutamento de tropas e a legalidade da sua disposição. Assim, os grupos mais afligidos pelas decisões de não decidir foram os cidadãos enviados para lutar e os membros do Congresso que sentiram que o presidente estava usurpando sua autoridade constitucional. Em termos práticos, isso significou que, quanto mais longa fosse a guerra, maior seria pressão política contra o conflito - e menor a ideia de que aquela intervenção judicial seria o único recurso disponível.

Em contraste à Guerra no Vietnã[101], as políticas antiterrorismo no centro da Guerra ao Terror foram: (a) objeto de implementação *doméstica* amplamente difundida; e (b) frequentemente direcionadas a não cidadãos, grupo com eleitorado bem mais fraco[102]. Quer

[100] Ver notas de rodapé 12-14 (coletando fontes).

[101] Uma questão similar ao tipo de questões com as quais a Corte foi confrontada durante a Guerra do Vietnã é levantada pelo contínuo uso de tropas norte-americanas na Líbia, não obstante a expiração do "relógio" fornecido pela Resolução dos Poderes de Guerra, 50 U.S.C. § 1544(b) (2006). Cf. Campbell v. Clinton, 203 F.3d 19, 20 (D.C. Cir. 2000) (sustentando que petição dos membros do Congresso, desafiando a constitucionalidade da participação dos Estados Unidos na OTAN nos bombardeios aéreos no Kosovo, não era questionável em juízo).

[102] A saliência doméstica de políticas tais como as escutas telefônicas não autorizadas, garantias

em contexto de rendição extraordinária, detenção de testemunha fundamental, escutas ilegais ou outros programas governamentais controversos, a realidade é que os recursos políticos têm sido efetivamente indisponíveis para as vítimas do fracasso governamental na guerra ao terrorismo. Além do mais, as questões legais que surgiram após o 11 de Setembro têm uma permanência que as separa de crises de segurança nacional anteriores, pelo menos na medida em que a ameaça representada pelo terrorismo internacional permanece uma fixação nos anos e décadas subsequentes.

Finalmente, e diferentemente da Guerra do Vietnã (ou de qualquer outro conflito norte-americano), a guerra ao terrorismo coloca em tensão dois significados conflitantes para avaliar a legalidade da conduta governamental: o paradigma da guerra e o paradigma de aplicação da lei[103]. Como resultado disso, muitos desses casos suscitam questões legais com implicações para o reforço comum da lei, quer em contexto de vigilância, interrogatórios, detenção e extradição ou até de acusação[104]. Ao contrário de períodos de guerra anteriores, essas

---

FISA, cartas de segurança nacional e até detenção foi bem documentada. Para mais informações sobre a questão da cidadania, ver Neal Katyal, Equality in the War on Terror, 59 Stan. L. Rev. 1365, 1366, 1392 (2007) (observando que "[d]esde os ataques de 11 de setembro, o governo tem repetidamente escolhido *aliens* para desaprovação especial" e argumentando que "dividindo nossos padrões legais com base em estranheza, estamos, na realidade, pondo em perigo nossa própria segurança e interesse nacional "). Dawinder S. Sidhu, First *Korematsu* and Now *Aschroft v. Iqbal:* The Latest Chapter in the Wartime Supreme Court's Disregard for Claims of Discrimination, 58 Buff. L. Rev. 419, 423 (2010) (argumentando que a Suprema Corte, no caso *Ashcroft v IqbalI* "errou em encontrar alegações comuns de que o governo se engajou no desenho geral dos perfis de muçulmanos e árabes" e, como resultado, "o caso… vai prover o governo com maior amplitude para instituir programas de segurança e políticas discriminatórias").

[103] Ver, e.g., Robert Chesney & Jack Goldsmith, Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models, 60 Stan. L. Rev. 1079, 1100–20 (2008) (discutindo a convergência de critérios procedimentais e substantivos para detenção em detenções militares e julgamentos criminais de civis).

[104] Para trazer dois exemplos, considere a decisão da Corte do Quarto Circuito no caso *Abu Ali,* que sustentou que ele não violou a Cláusula de Confrontação contida na Sexta Emenda para permitir, em julgamento, o uso de depoimento em vídeo contra o réu por oficiais de inteligência saudita, United States v. Abu Ali, 528 F.3d 210, 238 (4th Cir. 2008), *cert*. negado, 129 S. Ct. 1312 (2009), e a decisão da Corte de Revisão FISA de 2008 reconhecendo, pela primeira vez, um "sistema de vigilância estrangeiro", uma exceção à Warrant Clause da Quarta Emenda, In re Directives [texto editadop]* Nos termos da Seção 105B da Foreign Intelligence Surveillance Act, 551 F.3d 1004, 1012 (FISA Ct. Rev. 2008). Não deve ser difícil ver como ambas as decisões

questões não irão necessariamente expirar e decisões judiciais que não passarão pelo mérito deixarão necessariamente essas políticas intactas para o futuro.

Eu não pretendo dar muita ênfase a esse ponto, uma vez que certamente há exemplos de questões de liberdade civil que surgiram durante a Guerra do Vietnã, em que preocupações comparáveis eram articuladas. O ponto crítico é a interseção única: indeterminação temporal da guerra ao terrorismo com sua fusão aos paradigmas militar e criminal. Diferentemente do que ocorreu na Segunda Guerra Mundial, quando o ministro Jackson poderia se consolar na visão que a emergência passaria[105], ou no Vietnã, quando o Congresso defendeu o presidente, a verdade é que nem o tempo ou pressões políticas submeterão tais questões legais[106] à discussão. Naquele contexto, as não decisões podem emprestar a sanção que as Cortes se negaram a oferecer formalmente, dada a ausência de recursos alternativos substanciais. Para ser exato, esse pode ser o objetivo da Corte – mas também pode não ser. O ponto crítico para fins presentes é que, uma vez ausente a resolução da subjacente legalidade dessas medidas, nenhuma lei impede oficiais do governo de repeti-las. Essa passividade judicial quando as questões não resolvidas são disputas de separação de poder, que só podem surgir na circunstância única de guerra em um campo de batalha estrangeiro, é uma coisa, mas passividade em face de políticas governamentais controversas que alegadamente

---

poderiam ser facilmente aplicadas em casos de não terrorismo.

[105] Ver, e.g., Robert H. Jackson, Wartime Security and Liberty Under Law, 1 Buff. L. Rev. 103, 115–16 (1951) (refletindo na decisão do caso *Korematsu*).

[106] Sobre a potencial indeterminação da Guerra ao Terror (e suas consequências), ver Mary L. Dudziak, Law, War, and the History of Time, 98 Calif. L. Rev. 1669, 1671 (2010) (argumentando "a concepção de tempo que foi embutida quando se pensa na tensão entre lei e guerra e a prática da guerra no século vinte"). Quando a improbabilidade da pressão política servir como peso significativo aos abusos frutos das políticas antiterrorismo, suspeito que é suficiente apontar a reação do Congresso ao programa de escutas telefônicas não autorizadas – i.e., imunizar os provedores de telecomunicações por quaisquer violações da lei federal que possam ter ocorrido como resultado. FISA Amendments Act of 2008, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (codificado como emendado na seções de 18 e 50 U.S.C.).

afetam direitos individuais, e que talvez não tenham outra solução, é algo completamente diferente.

B. Desmascarando as virtudes da tomada de decisão passivo-agressiva

Embora a discussão acima verse sobre por que a passividade na guerra ao terrorismo pode ser indefensável, há também algo qualitativamente diferente sobre a passividade que caracteriza a abordagem da Corte para questões "de mérito" nos últimos treze anos e que prevaleceram quarenta anos atrás. Na perspectiva de Bickel, a passividade da Corte sinalizou um desejo de deixar questões legais momentâneas nas mãos dos poderes políticos. Na Guerra ao Terror, em contraste, a Corte deixou bem claro que ela se vê como nada menos que um ator igual – e talvez maior – que o Congresso ou o presidente, intervindo quando os setores políticos estivessem tentando minimizar, ou até mesmo marginalizar, a revisão judicial.

Mas qual o ponto de tal intervenção se a Corte não pretende fornecer orientação sobre o mérito, ou para, caso contrário, resolver questões centrais com respeito ao material das políticas antiterrorismo pós-11 de setembro? Há três possibilidades (relacionadas), cada qual dissonante ao qual se refere. Primeiro, é possível que o ponto dessas decisões seja que a Suprema Corte, para afirmar a autoridade institucional do Judiciário Federal, deixa então as questões mais "difíceis" para as cortes inferiores enquanto material de primeira – *e* última – instância. Assim, a Corte preserva tanto a habilidade das cortes para resolver o problema apresentado quanto deixa um registro histórico em que a Suprema Corte, em particular, não chegou a estabelecer precedente no mérito de uma maneira ou de outra. Nessa visão, se os tribunais inferiores decidiram o mérito de tais casos (como no litígio de Guantánamo pós-*Boumediene*) ou se confiaram nos entraves jurídicos para evitar a questão (como nos casos de rendição e escuta telefônica), as Cortes Federais terão a última palavra, mesmo se a Suprema Corte

não o tenha feito. Obviamente, pelo menos onde as cortes inferiores estão dependendo dos entraves jurídicos, as mesmas preocupações de passividade documentadas acima surgiriam.

Em segundo lugar, é possível que os ministros simplesmente não tenham tratado do "mérito" na questão em que mereceu *certiorari*. Para este fim, a assertividade da Corte nos casos *Hamdi, Rasul, Hamdan* e *Boumediene* colocou os ministros em posição de agir quando um caso apropriado surgisse, mas isso ainda não aconteceu. Ao invés de deferir conscientemente às cortes inferiores, essa visão sugeriria que a Corte *pretende* supervisionar seus subordinados judiciais, mas ainda não foi impelida a fazê-lo.

Em terceiro lugar, é também possível que pelo menos alguns dos ministros acreditem que as decisões que protegem o papel judicial são um fim em si mesmas – que o mérito não importa, ao menos não na mesma proporção que a prerrogativa da Suprema Corte de forma geral. Assim entendido, o trabalho das cortes inferiores nesses casos é irrelevante ao projeto maior, pelo menos enquanto suas decisões *não* implicam que o papel institucional está avançando.

Independente do que seja dito sobre essas possibilidades, deve-se esclarecer que nenhuma delas é modelo de passividade judicial. Pelo contrário, cada uma indica uma variação do mesmo tema: um comportamento passivo-agressivo, em que a Corte, enquanto instituição, aparenta estar à margem, mesmo continuamente relembrando os atores relevantes do papel que ela pode – e, se provocada, está pronta para – desempenhar. Assim, da perspectiva tanto do governo quanto dos assuntos das políticas governamentais antiterrorismo, as cortes estão lá para servir como equilíbrio nos setores políticos (ao contrário do Vietnã), mas talvez apenas como fins em si mesmas.

Muito embora Bickel, há um século, talvez estivesse certo em exaltar as virtudes da passividade judicial, parece, à primeira vista, que a tomada de decisão judicial passivo-agressiva não é tão virtuosa assim. Afinal de contas, mesmo que a Corte não esteja expressando

uma visão com base no mérito desafiando, *inter alia*, a rendição extraordinária e as escutas telefônicas, o fato de que ela se autoafirmou durante a Guerra ao Terror poderia facilmente passar a impressão que ela considera tais questões *específicas* como ausência de garantia de uma revisão judicial. De fato, no contexto dos casos de alegada tortura a detentos, a Corte se recusou a revisar decisões de cortes inferiores: (1) negando-se a reconhecer a causa de ação; (2) sustentando que a imunidade qualificada impediria a ajuda em qualquer circunstância; e (3) considerando que o privilégio de segredo de Estado previne as cortes de alcançar as questões de causa da ação e de imunidade[107]. O efeito líquido dessas decisões, juntamente com as declarações de poder judicial, é sugerir que as cortes são *capazes* de ouvir pelo menos algumas dessas disputas, mas que jamais existira (ou pelo menos ainda não existiram) uma reivindicação viável para auxílio. Isso significa que a jurisprudência da Corte necessariamente cria uma forma de impunidade funcional, mesmo quando ela se recusa especificamente a dirigir-se à legalidade da conduta governamental[108]. Justaposto à experiência do Vietnã, em que não se poderia chegar a conclusão semelhante sobre como os ministros veriam as alternativas civis para abusos de guerra, o contraste é surpreendente.

Naturalmente, uma possível resposta é que a política antiterrorismo está sendo afetada até pelo *arquivamento* desses processos – que a invocação de jurisdição federal dos pleiteantes está tendo um efeito salutar, mesmo que não esteja produzindo decisões precedentes a respeito do direito substantivo, que define a responsabilidade de oficiais federais por abusos antiterroristas. Nessa visão, a vantagem da tomada de decisão passivo-agressiva é a habilidade secreta da Corte de moldar a conduta governamental sem ter que, publicamente, censurar oficiais específicos do governo. Entretanto, mesmo que houvesse evidência

[107] Ver notas de rodapé 28-30.

[108] Cf. Pearson v. Callahan, 129 S. Ct. 808, 813 (2009) (permitindo – se não encorajando – que as cortes se esquivassem da questão sobre qual conduta governamental seria ilegal em processos para danos desde que a ilegalidade não estivesse claramente estabelecida quando a conduta ocorreu).

pública de mudanças na prática do Poder Executivo que sustentasse essa tese, tais mudanças, na prática, seriam – assim como as mudanças governamentais na estratégia de litígio ao longo de alguns dos casos mais famosos dos últimos treze anos – inteiramente voluntárias. Elas podem muito bem produzir o mesmo *resultado*: uma descontinuação de práticas que eram ilícitas. Mas na ausência de precedente judicial, nada além da política do momento impediria futuros presidentes, em resposta a crises futuras, de reivindicar autoridade comparável[109]. Assim, essa virtude central da tomada de decisão passivo-agressiva é também seu vício.

Conclusão

Na última decisão proferida antes do 11 de setembro, a Suprema Corte, no caso *Zadvydas v. Davis,* sustentou que a Cláusula do Devido Processo impõe um limite presuntivo de seis meses sobre por quanto tempo o governo deve continuar a deter um não cidadão ordenado a – mas que, por diversas razões, não pode – ser deportado[110]. Em uma passagem assustadoramente presciente, o ministro Breyer ofereceu um importante embargo à outrora categórica sustentação da sua opinião majoritária: "Não consideramos terrorismo ou outras circunstâncias especiais onde argumentos especiais podem ser feitos para as formas de prisão preventiva e de deferência elevada para os

[109] A respeito disso, faço companhia àqueles que argumentaram que constrangimentos internos rigorosos dentro do Poder Executivo talvez sejam o meio ideal de proteção da separação dos poderes (e, por implicação, direitos individuais) durante crises de segurança nacional. Ver, e.g., Neal Kumar Katyal, Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within, 115 Yale L.J. 2314, 2348 (2006) ("A verificação judicial está destinada a falhar. Ela sempre ocorrerá muito tarde, se fizer falta à Corte *expertise* em muitas áreas, e ela pode intervir quando não deveria e abster-se em momentos em que deveria agir. Por esta razão, ..., uma série de decisões institucionais devem ser feitas para permitir que ambas as fontes da legitimidade executiva – vontade democrática e *expertise* – funcionem simultaneamente"). O Poder Executivo deve sempre *almejar* fazer verificações a seu próprio respeito, mas em momentos mais importantes, essas aspirações não podem ser consideradas adequadas sem os constrangimentos legais subjacentes (e judicialmente obrigatórios) na mesma medida.

[110] 533 U.S. 678 (2001). *Zadvydas* foi um dos quatro casos decididos em 28 de junho de 2001 – último dia do Termo de Outubro de 2000 da Corte – e aparece como o último dos casos contidos no U. S. Reports.

julgamentos dos poderes políticos no que diz respeito a questões de segurança nacional[111]".

Basta dizer que a Corte, durante os últimos treze anos, foi repetidamente confrontada com essas "discussões especiais". Mas a característica mais notável da sua jurisprudência é o quão raramente ela passou, de fato, pelo mérito desses argumentos, quer em casos de detenção ou em processos que desafiam outras políticas antiterroristas. Em vez disso, os anos que se seguiram ao 11 de Setembro foram marcados por repetidas afirmações de autoridade judicial desprovida de resolução de legalidade da questionada conduta governamental. Essa mistura de intervenção judicial agressiva em alguns casos e passividade categórica em outros pode muito bem ser uma nova abordagem para o papel das Cortes Federais em crises de segurança nacional, mas isso desperta a preocupação de que essa revisão judicial passivo-agressiva será mal recebida pelo Poder Executivo, que é simultaneamente confrontado com o espectro da revisão judicial e com um conjunto de casos que desaparecem, em que tais revisões, na verdade, resultam no repúdio da política governamental.

[111] Id. at 696.

SOBRE OS AUTORES

Andrei Koerner é professor associado de Ciência Política no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP (IFCH/UNICAMP), coordenador da área de pesquisas sobre Direitos Humanos e Judiciário do INCT/INEU e do Grupo de Pesquisas em Direito e Política, do Centro de Estudos Internacionais e Política Contemporânea (CEIPOC/IFCH/UNICAMP). Doutor (FFLCH/USP) e pós-doutor (*Institut* d´Études *Politiques,* Paris, 2009-2010 e *Institut des Hautes* Études *sur l´Amérique Latine,* da Universidade Sorbonne-Nouvelle, Paris 3,IHEAL, 2015-2016). É autor do livro *Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira* (Juruá, 2010, 2. ed.) e de artigos sobre o Judiciário e o pensamento jurídico brasileiro.

Celly Cook Inatomi é doutora em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP (IFCH/UNICAMP), pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito e Política, do Centro de Estudos Internacionais e Política Contemporânea (CEIPOC/IFCH/UNICAMP), coordenado pelo prof. dr. Andrei Koerner. Estuda e trabalha com temas do Judiciário, Direitos e Cidadania. É autora da dissertação *O acesso à Justiça no Brasil: a atuação dos Juizados Especiais Federais Cíveis*, e da tese *A atuação do Poder Judiciário nas políticas de erradicação do trabalho escravo rural no Brasil contemporâneo.*

Cristina Carvalho Pacheco é professora da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), ensina nos Cursos de Graduação e Mestrado em Relações Internacionais e é pesquisadora do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Estudos sobre os Estados Unidos (INCT-INEU). Doutora em Ciência Política pela UNICAMP, realizou pós-doutoramento no *Center for Latin American and Latino Studies* (CLALS), da *American University*, em Washington, D.C., sob supervisão de Matthew M. Taylor, PhD, com bolsa da CAPES. É autora do artigo *Os "combatentes inimigos" e o Governo Bush: as relações entre Executivo, Legislativo*

e Judiciário entre 2001 e 2008, publicado em *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, da Universidade Estadual de Londrina (UEL), em especial sobre os dez anos do 11 de Setembro. Também é autora da tese de doutorado *O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Estado: Uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas no 1º Governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998),* defendida na UNICAMP em fevereiro de 2006. *E-mail* para contato: criscpacheco@ gmail.com.

Karen Sakalauska é professora do Curso de Direito das Faculdades de Campinas (FACAMP). Doutoranda e mestra em Ciência Política pela UNICAMP; pesquisadora do Grupo de Pesquisas em Direito e Política, do Centro de Estudos Internacionais e Política Contemporânea (CEIPOC/ IFCH/UNICAMP). É autora da dissertação O Supremo Tribunal Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: uma análise política das decisões judiciais.

Stephen I. Vladeck é professor do Curso de Direito da *American University*, onde também é diretor adjunto. Atuou como coconselheiro no caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), e em diferentes *amici curiae* numa série de outros casos contemporâneos discutidos nesse em seu capítulo.

Sobre o livro

Formato	15x21cm
Tipologia	Cambria
Papel	Offset 90/m² g (miolo)
	Cartão Supremo 240/m² g (capa)
Impressão	Impressoart Editora Grafica Ltda
Acabamento	Costurado, Colado, laminação fosca, shrink individual e verniz localizado
Tiragem	500 exemplares
Ano	2017